



Olfa Triki

**Les successions internationales :
étude comparée du droit tunisien, du règlement européen et du droit anglais**

TRIKI, Olfa. *Les successions internationales [en ligne] : étude comparée du droit tunisien, du règlement européen et du droit anglais*. Sous la codirection de Cyril NOURISSAT et Sami JERBI. Thèse de doctorat : Droit mention droit privé. Lyon : Université Jean Moulin Lyon 3 ; Sfax : Université de Sfax, 2022.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2022LYO30026>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



FACULTÉ
DE DROIT DE SFAX
كلية الحقوق بصفاقس

N°d'ordre NNT: 2022LYO30026

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

membre de
l'université de Lyon

en cotutelle avec
l'université de Sfax
Faculté de droit de Sfax

École Doctorale de Droit N°492

Discipline: Droit
Mention: Droit privé

Soutenue publiquement le 30/09/2022, par

Olfa Triki

Les successions internationales

Étude comparée du droit tunisien, du règlement européen et du droit anglais

Directeurs de thèse:

Monsieur le Professeur Cyril Nourissat

Monsieur le Professeur Sami Jerbi

Devant le jury composé de:

Michel Farge, Professeur des universités, rapporteur, Université Grenoble Alpes

Souhayma Ben Achour, Professeur des Universités, rapporteur, Université Tunis El Manar

Sara Godechot-Patris, Professeur des Universités, membre, Université Paris Est-Créteil

Noureddine Gara, Professeur des Universités, membre, Université Tunis El Manar

Cyril Nourissat, Professeur des Universités, directeur de thèse, Université Jean Moulin Lyon III

Sami Jerbi, Professeur Émérite des Universités, directeur de thèse, Université de Sfax

*La Faculté de droit de Sfax et l'Université de Lyon III
Jean Moulin n'entendent donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans le cadre de cette thèse.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur
auteur.*

Dédicaces

A ma famille

A mes amis

J'aimerais dédier cet humble travail.

Remerciements

J'adresse mes remerciements les plus sincères à :

Mes directeurs de thèse Monsieur le Professeur **SAMI JERBI** et Monsieur le Professeur **CYRIL NOURISSAT** pour leur disponibilité, leur suivi précieux, leurs conseils toujours très appréciés et leurs portes constamment ouvertes. *Qu'ils trouvent ici le témoignage de ma profonde gratitude.*

Mes remerciements vont aussi à toutes les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à l'élaboration de cette thèse.

SOMMAIRE

Partie première: Des systèmes comparés hétéroclites

Titre premier: La divergence des régimes juridiques des successions *ab intestat*

Chapitre premier: Diversité des rattachements successoraux en matière successorale

Chapitre Deuxième: Les divergences de mise en œuvre des règles de conflits des successions *ab intestat*

Titre deuxième: La divergence des systèmes juridiques quant à la planification successorale

Chapitre premier: La diversité des régimes juridiques des dispositions à cause de mort

Chapitre deuxième: L'admission "*révolutionnaire*" de la *professio juris*.

Partie deuxième: Le traitement des divergences en vue de la coordination

Titre premier: Les mécanismes favorisant la coordination en matière successorale

Chapitre premier: Les mécanismes conflictuels favorisant la coordination en matière successorale

Chapitre deuxième: Les mécanismes procéduraux au service de la coordination en matière successorale

Titre deuxième: Les mécanismes perturbateurs de la coordination entre les systèmes successoraux

Chapitre premier: Les mécanismes entravant la résolution des conflits en matière successorale

Chapitre deuxième: L'ordre public international, une entrave sérieuse à la coordination en matière successorale

Principales Abréviations

Al.	: Alinéa
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch, le code civil allemand
Cass.civ	: Cour de cassation (française), chambre civile
CDIP	: Code de droit international privé
CDR	: Code des droits réels
COC	: Code des obligations et des contrats
CPCC	: Code de procédure civile et commerciale
CSP	: Code du statut personnel
JCI	: Jurisclasseur
JCP	: Jurisclasseur périodique
JORT	: Journal officiel de la république tunisienne
LDIP	: Loi de droit international privé
n°	: numéro
op. cit.	: opere citato=dans l'ouvrage précité
p.	: page
PUF	: Presses universitaires de France
RCADI	: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCDIP	: Revue Critique de droit international privé
Rev. Crit.	: Revue critique
RTD	: Revue Tunisienne de Droit
Suiv.	: suivants
V.	: Voir
Vol.	: Volume

ن.م.ت : نشرية محكمة التعقيب

ص. : صفحة

Introduction

Introduction

« *Connaître et penser, ce n'est pas arriver à une vérité absolument certaine, c'est dialoguer avec l'incertitude.* »¹

1. L'extinction de la personnalité et du patrimoine de l'individu est la conséquence de la mort, un fait naturel et juridique inévitable qui implique la nécessité d'organiser les biens de la personne convertis en héritage une fois qu'elle est décédée. La mort constitue universellement la "*cause unique*"² de l'ouverture de la succession permettant le transfert du patrimoine successoral aux ayants droits. Ce patrimoine a connu une évolution juridique considérable. En effet, les biens successoraux sont de différentes natures: meubles et immeubles, corporels et incorporels. La transition numérique a fait naître une nouvelle catégorie de biens intangibles et par conséquent une nouvelle catégorie d'actifs: les actifs numériques³. Ce type d'actifs a été introduit pour la première fois en

¹ M. EDGAR, *La tête bien faite*, Paris, Seuil, 1999.

² En droit français: M. GRIMALDI, *Droit des successions*, Lexis Nexis, 7ème édition, 2017, p. 65.

En droit tunisien:

محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، مجمع الأطرش، طبعة ثالثة، 2020، ص. 266 و ما بعد.

³ Le terme a été introduit pour la première fois en droit français en 2018 puis repris avec la loi du 22 mai 2019, dite Loi PACTE (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises, JO 23 mai) qui a introduit l'article L. 54-10-1 du code monétaire et financier qui dispose que : "*Pour l'application du présent chapitre, les actifs numériques comprennent : 1° Les jetons mentionnés à l'article L. 552-2, à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 ; 2° Toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement*". Sur la question: N. BARBAROUX, R. BARON et A. FAVREAU, "Blockchain et finance-Approche pluridisciplinaire", *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, Aout 2020; T. LABBE, *Le droit face aux technologies disruptives: le cas de la blockchain*, Thèse, Université de Strasbourg, soutenue le 14 décembre 2021.

droit français en 2018⁴. Il est donc permis désormais de parler d'*actifs successoraux numériques* puisqu'il est possible qu'ils soient transmis, comme tout autre bien incorporel, par voie successorale, testamentaire ou par une donation partage⁵.

2. L'émergence de cette nouvelle catégorie de biens donnera lieu à de nouveaux enseignements juridiques et jurisprudentiels en matière successorale sur les différentes techniques de transmission successorale surtout avec le nombre incessamment croissant des mouvements socio-économiques entre les pays. En effet, l'immigration et l'émigration, deux phénomènes étroitement liés, ont fait apparaître un panorama international particulier avec l'émergence croissante de nombreuses successions internationales; fait qui nécessite une réflexion et une nouvelle approche qui s'adapte aux besoins du trafic juridique actuel qui exige, à son tour, une certaine agilité, rapidité et décorum dans le traitement des successions transfrontalières.

3. "*Nulle part peut-être l'originalité de chaque législation ne s'accuse davantage que dans le droit des successions*"⁶. Ainsi affirmait une éminente doctrine il y a si longtemps. Curieusement, cette affirmation est toujours d'actualité. C'est ce que révélera cette étude comparée des trois ordres juridiques tunisien, européen et anglais en matière de succession internationale. Par ordre européen, on désigne le règlement européen sur les successions internationales de 2012⁷ (le Règlement pour ce qui suivra).

4. D'un point de vue conceptuel, les trois systèmes juridiques se partagent la même notion de la succession, en distinguant entre les successions *ab intestat*

⁴ Par la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finance pour 2019, JO n° 0302 du 30 décembre 2018.

⁵ A. ROSSI, "Cryptomonnaies et transmission à titre gratuit: état du droit positif en France et à Monaco", *Deffrénois*, n°2, 13 janvier 2022, DEF204r4, p. 13.

⁶ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de Droit International Privé*, 6ème édition, Dalloz, 1954, n°242.

⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen, JOUE n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107 et suiv..

et les successions testamentaires: la succession *ab intestat* est " *une succession dont la dévolution est réglée par la loi à défaut de testament ou pour compléter celui-ci* " ⁸. La succession testamentaire, " *à la différence de la succession ab intestat, est réglée par le testament, soit dans sa totalité, soit en partie* " ⁹.

Le législateur tunisien ne définit pas cette notion, contrairement à son homologue européen. Ainsi, la *succession* est entendue dans le Règlement comme suit: " *la succession à cause de mort, ce terme recouvrant toute forme de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession ab intestat* " ¹⁰.

5. Quant au *testament*, il est défini en droit tunisien par l'article 171 du CSP comme étant : " *l'acte par lequel une personne transfère à titre gratuit, pour le temps où elle n'existera plus, tout ou partie de ses biens, en pleine propriété ou en usufruit* ". Le Règlement européen s'y réfère comme l'une des dispositions à cause de mort qu'il définit comme étant " *un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral* " ¹¹. Sans préciser la notion de testament, le Règlement européen procède à la définition du " *testament conjonctif* " entendu comme étant " *un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte* ", et le " *pacte successoral* " qui se veut " *un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte* ".

6. Les notions précédemment définies tiennent compte uniquement de leur aspect interne. Cette étude s'intéressant aux successions internationales, exige de

⁸ Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 1990, p. 785; P. BIRKS, *English private law*, Vol. I, Oxford University Press, 2000, p. 512.

⁹ Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 1990, p. 785; P. BIRKS, *English private law*, Vol. I, Oxford University Press, 2000, p. 521.

¹⁰ L'article 2 paragraphe 1 sous a).

¹¹ L'article 2 paragraphe 1 sous d).

définir la notion de succession internationale (qu'elle soit testamentaire ou *ab intestat*).

Préalablement, une distinction doit être faite entre la "*succession internationale*" et la "*succession étrangère*". Par une lecture *a contrario* de l'article 2 du code tunisien de DIP¹² portant définition générale du rapport international, n'est pas internationale la succession dont tous les éléments déterminants sont situés dans un système juridique étranger. Celle-ci est donc étrangère. Par conséquent, les questions de la compétence internationale des tribunaux nationaux ainsi que de la loi du for ne se pose pas. La succession n'est qualifiée d'internationale que si elle présente un ou plusieurs éléments d'extranéité, c'est-à-dire : "*des éléments qui la mettent en contact avec plus d'un seul ordre juridique national*"¹³. Ces éléments d'extranéité sont divers¹⁴: la situation des biens successoraux à l'étranger, la situation du domicile du défunt à l'étranger ou la nationalité étrangère du défunt.

7. A la question "*Étranger qui es-tu?*"¹⁵, un éminent auteur a d'abord commencé par déterminer "*le national*"¹⁶. Ainsi, "*est étranger toute personne qui n'a pas la nationalité tunisienne, c'est-à-dire la personne qui a une nationalité étrangère ou celle qui n'a pas de nationalité*"¹⁷. Le siège de la définition pour les personnes physiques est le code de la nationalité et pour les personnes morales, le décret-loi n°14 du 30 aout 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales.

¹² L'article 2 CDIP dispose que : "*Est international, le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants, à un ou plusieurs ordres, autres que l'ordre juridique tunisien*".

¹³ A. NECKER, *La mission de l'exécuteur testamentaire*, Librairie de l'université de Genève, 1972, p.9.

¹⁴ M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, Economica, 1994, p.4.

¹⁵ S. BOSTANJI, "Rapport introductif, variations sur la notion d'étranger", in *L'étranger dans tous ses états*, Actes du colloque multidisciplinaire organisé en février 2005, sous la direction de F. HORCHANI et S. BOSTANJI, p. 5.

¹⁶ M. A. HACHEM, *Leçons de Droit International Privé, livre I : les règles matérielles, condition des étrangers et conflits de juridictions*, Centre d'Études, de Recherches et de Publications, 1996, p. 11.

¹⁷ *Ibid.*, p.57.

Historiquement cette définition n'était pas évidente. Par exemple, en droit musulman le critère de distinction entre l'étranger et le national était la religion. Ce droit qui a dominé pendant longtemps la Tunisie, s'est affronté à la présence d'un grand nombre d'étrangers, ce qui faisait de la Tunisie "*un champ d'observations incomparable*"¹⁸.

8. La définition implique aussi la qualification. En effet, en doctrine comme en jurisprudence, s'est posée la question de la qualification de la succession. Fait-elle partie de la catégorie du statut personnel, des contrats ou du statut réel ?¹⁹

L'ancien droit français a prévu deux classifications: Selon "*l'idée traditionnelle*"²⁰ qu'adoptaient les anciens statutaires ainsi que le code civil français, l'objectif essentiel de la succession *ab intestat* est d'assurer le transfert de la propriété des biens corporels. De ce fait, elle est considérée comme une question de statut réel.

Selon une seconde théorie, la succession présente des aspects du statut personnel puisqu'elle fait appel aux liens de parenté et de mariage. En outre, en droit tunisien, comme en droit français, le patrimoine à transmettre constitue le prolongement de la personne du *de cuius*²¹, ce qui implique l'application d'une loi unique : la loi personnelle²².

En droit tunisien, le code du statut personnel, l'article 2 de l'ancien décret du 12 juillet 1956²³ ainsi que le code de droit international privé, classent la succession dans la catégorie du statut personnel. Contrairement au droit anglais,

¹⁸ R. SLAMA, *Conflits de lois relatifs aux successions ab intestat en Tunisie*, Les éditions Domat-Monchrestien, Paris, 1935, p.1.

¹⁹ S. BEN ACHOUR, Les successions en droit international privé tunisien entre ambiguïté des textes et perplexité des juges, in Mélanges Y. Ben Achour, C.P.U, 2008, p.245.

²⁰ De VAREILLES-SOMMILLERES, *La Synthèse du Droit International Privé*, Deuxième volume, Éditions Cujas, 1972, p. 298.

²¹ P. Mayer, *Droit International Privé*, Monchrestien, Delta, 5^{ème} édition, p. 523.

²² G. A. L. DROZ et M. REVILLARD, *JCP* 1987, *Droit International Privé Français*, Successions, Fasc. 557-A, p.4.

²³ Abrogé par la loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du code de droit international privé.

dans lequel la question successorale est généralement abordée dans le cadre du droit des biens (*Property*)²⁴.

Ces définitions serviront à délimiter le champ de cette étude comparée pour ne porter que sur les successions *ab intestat* et les dispositions à cause de mort, à l'exclusion du trust anglais et de la donation. Cette délimitation est nécessaire dans la mesure où une étude comparée doit porter sur des situations juridiques partagées. Le trust est un mécanisme étranger au droit tunisien et a été expressément exclu du champ d'application matériel du Règlement²⁵. Pour la donation, communément qualifiée de libéralité, elle est exclue du domaine de la succession, bien que le législateur tunisien ait réglementé la loi applicable aux donations internationales sous le Chapitre IV portant le titre "*Les successions*". Cette matière a été aussi expressément exclue du champ d'application du Règlement²⁶.

9. L'identité des notions successorales dans les trois systèmes comparés, n'entraîne pas l'unité de leurs régimes juridiques. Bien au contraire, ces systèmes sont très divergents, voire antagonistes. La discordance entre les ordres juridiques objet de l'étude se justifie d'abord par les considérations historiques caractérisant chaque système.

10. En droit tunisien, la compétence internationale était, durant une longue période, très éparpillée voire émietlée. Le droit musulman attribuait à son juge la compétence de connaître des litiges entre les musulmans. Mais, ce dernier ne se déclarait pas incompetent à l'égard des non musulmans. Quant aux autres

²⁴ J. O'BRIEN, *Conflict of laws*, second edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999, p. 535.

²⁵ L'article 1er paragraphe 2 point j) du Règlement dispose que: "2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement:*

j) la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts".

²⁶ L'article 1er paragraphe 2 point g) du Règlement dispose que: "2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement:*

g) les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, de la propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant, de plans de retraite, de contrats d'assurance et d'arrangements analogues, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point i)"

communautés religieuses vivant dans les pays de l'Islam, elles étaient soumises à leurs propres juges et leurs propres lois²⁷.

Avant le protectorat, le système adopté en Tunisie était celui des capitulations. Ce sont "*des pactes, des traités conclus par le Sultan de l'empire Ottoman ou par le Bey avec les puissances, se fondent sur la répartition des compétences par référence à la nationalité*"²⁸. Ainsi par exemple, entre 1601 et 1881, on comptait plus de cinquante traités de capitulations signés entre le Bey de Tunis et la France²⁹. Les traités accordaient aux consuls étrangers un pouvoir juridictionnel à l'égard de leurs nationaux tout en appliquant leur propre loi. De ce fait, il a pu coexister en Tunisie des juridictions de toute sorte: tribunaux français, tribunaux tunisiens, tribunaux religieux et tribunaux consulaires³⁰.

Tous ces tribunaux ont été réduits en deux ordres juridictionnels uniquement pendant le protectorat: français et tunisiens. Ainsi, ont été supprimées toutes les juridictions consulaires. Les litiges mettant en question un étranger européen, même contre une partie tunisienne, étaient soumis à la compétence des tribunaux français. L'office du juge tunisien était limité aux seuls conflits entre les nationaux.

Mais l'ordre juridique tunisien a gardé sa diversité et son morcellement: on notait deux catégories de tribunaux musulmans jugeant selon les deux rites malékite et hanéfite. Persistaient aussi les tribunaux rabbiniques compétents des litiges en matière de statut personnel à l'égard des tunisiens de confession israélite et des juifs ressortissants d'un pays non européen. Existaient aussi des tribunaux modernes tunisiens qui connaissaient de tous les différends à l'exception de ceux relatifs au statut personnel.

Après l'indépendance, la Tunisie a connu une étape très importante: l'unification de la justice. Ainsi, fut conclue la convention tuniso-française du

²⁷ M. A. HACHEM, op.cit., p. 115.

²⁸ Ibid., p.105.

²⁹ A. MEZGHANI, *Droit International Privé, États nouveaux et relations privées internationales*, CERP, 1991, n° 150.

³⁰ R. SLAMA, op. cit., p.1.

9/3/1957 mettant fin à la présence des tribunaux français en Tunisie. Furent supprimés également, les tribunaux musulmans par le décret du 25/9/1956 et les tribunaux rabbiniques par la loi du 27/9/1957. Dès lors, les tribunaux tunisiens ont compétence de connaître de tous les litiges de toute nature et ce quelle que soit la nationalité du justiciable.

La compétence internationale des tribunaux tunisiens, faisait ainsi, l'objet de l'article 2 du code de procédure civile et commerciale de 1959. Celui-ci prévoyait deux chefs de compétence ordinaire : la résidence du défendeur (al.1) ainsi que sa nationalité tunisienne (al.2). De ce fait, peu importe le lieu d'ouverture de la succession, la nationalité des parties ou le lieu de situation des biens héréditaires, le juge tunisien était compétent tant que le défendeur était domicilié en Tunisie. Toutefois, même si l'étranger ne résidait pas en Tunisie, les tribunaux tunisiens pouvaient toujours se déclarer compétents sur la base des six autres rattachements prévus par le reste de l'ancien article 2 CPCC. Il s'avère ainsi que le champ d'application de cette disposition était très étendu et manquait d'objectivité.

C'est pourquoi est intervenue la loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du code de droit international privé. Celle-ci avait pour but d'instaurer des règles de conflits objectives et d'assurer la bonne administration de la justice ainsi que la conciliation entre les systèmes juridiques.

11. La disparité juridictionnelle a entraîné la diversité des régimes de la loi applicable. Le système musulman des successions se caractérisait par son énorme complexité³¹. Dans les terres d'Islam, les rapports mixtes étaient inexistantes puisque le droit musulman et rabbinique³² interdisait l'héritage entre deux personnes de religions différentes.

Pour la différence des rites au sein de la même religion musulmane, la solution était entre les mains du défendeur qui devait choisir le *Cadhi* (le juge)

³¹ R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960, p.273.

³² R. SLAMA, op. cit., p. 42.

pour statuer sur le litige. Celui-ci devait appliquer par conséquent les dispositions de son rite³³.

Sous le régime capitulaire, la question des conflits de lois était résolue par les différents pactes.

Pendant le protectorat français, les tribunaux français appliquaient la loi française pour les européens chrétiens. Les tribunaux rabbiniques statuaient selon le droit rabbinique entre les juifs quelque fût leur nationalité. Les tribunaux musulmans divisés selon les deux rites malékite et hanéfite, appliquaient les dispositions du rite correspondant.

Après l'indépendance, a été promulgué le premier code de nationalité datant du 26/1/1956. Suite à l'adoption de ce code, il pouvait y avoir des tunisiens non juifs et non musulmans. C'est pourquoi a été édicté le décret du 12/7/1956 fixant le statut personnel des tunisiens non musulmans et non israélites. Son article premier soumettait les tunisiens non musulmans et non israélites, à titre transitoire, aux dispositions du droit civil français. Il fallait attendre le décret du 24/6/1957 portant abrogation des textes relatifs aux juridictions françaises en Tunisie, qui a modifié l'article premier du décret précédent. De ce fait, les étrangers devaient être régis concernant leur statut personnel par leur loi nationale. Quant aux tunisiens non musulmans et non israélites, ils étaient soumis à leur loi nationale d'origine.

La promulgation de la loi du 27/9/1957 allait étendre le champ d'application du décret de 1956 qui régirait désormais les conflits internationaux. "*Le critère confessionnel se transformant en critère "national" pour les besoins des relations internationales de droit privé*"³⁴ reflète la thèse personaliste qu'adoptait, depuis toujours, le droit tunisien. En effet, le principe constamment affirmé par la jurisprudence était l'application de la loi personnelle du défunt à la

³³ M. NIZAR, *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, Thèse, Paris, 1968, n° 11.

³⁴ R. BEN ATTAR, "L'influence de la méthode de règlement en droit interne des conflits inter-personnels de lois dans la conception et la formation d'un système de droit international privé", *RTD*, 1966-1967, p.29.

totalité de la succession et sans distinction entre meubles et immeubles³⁵. Ceci a abouti, pendant une longue période, à la consécration d'un privilège de nationalité.

12. L'unification des règles de compétence en matière successorale, des juridictions et des lois applicables, a été aussi un besoin incessant non seulement à l'échelle internationale mais aussi à l'échelle européenne.

13. Sur le plan international, les nombreuses tentatives d'unification ont malheureusement échoué vu la complexité de la matière successorale et la divergence du droit matériel des divers systèmes juridiques³⁶. On cite principalement l'échec en 1928 du projet de la convention sur "les conflits de lois et de juridictions en matière des successions et des testaments" établi par la Conférence de La Haye. Cependant, cet échec n'a pas empêché l'adoption de trois autres conventions auxquelles la Tunisie ne fait pas partie: la convention sur les conflits de loi en matière de forme des dispositions testamentaires conclue le 5 octobre 1961, la convention sur l'administration internationale des successions conclue le 2 octobre 1973, et la convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1er août 1989.

La convention de 1961 sur la forme des testaments a connu un certain succès, alors que les deux autres conventions n'ont prouvé que la difficulté voire l'impossibilité d'unification des règles juridiques régissant la matière successorale.

14. L'échec à l'échelle internationale n'a pas découragé le législateur européen. En réalité, cette volonté d'unification des règles de conflits européennes est assez ancienne et remonte au Plan d'action de Vienne du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice adopté par le Conseil justice et affaires intérieures

³⁵ Trib. Civ. Tunis, 17 février 1954, *RTD*, 1954, Somm. 201.

³⁶ V. sur la question: A. E. VON OVERBECK, "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière des successions", Vol. 104, *RCADI*, 1961, III, p. 529 et suiv.

du 3 décembre 1998³⁷. Dans le cadre de ce plan, il était question de reprendre les travaux déjà entrepris dans le cadre de la conférence de La Haye de droit international privé en matière successorale. La décision de créer un instrument européen remonte au Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999. En 2002, la Commission européenne a demandé l'élaboration d'une étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne.

En 2006, fût publié le livre vert sur les successions et les testaments.

Le 14 novembre 2009, fût publiée la proposition de règlement pour qu'à la suite soit promulgué le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen (ci-après le Règlement), sur la base de l'article 81 paragraphe 2 du TFUE (ancien article 65 TCE). Le Règlement a été publié au Journal Officiel de l'Union Européenne le 27 juillet 2012. Il se compose de 84 articles *"éclairés par 83 considérants dont la valeur normative demeure discutée"*³⁸.

15. Le préambule du Règlement rappelle dans son premier paragraphe l'objectif principal de l'Union européenne motivant l'adoption du Règlement comme suit: *"(1) L'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. En vue de l'établissement progressif de cet espace, l'Union doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur"*.

³⁷ Publié au JOC 19 du 23 janv. 1999, p.1-15.

³⁸ M. FARGE, "Règlement successions: les nouveaux réflexes à acquérir", *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, LexisNexis, 2015, p. 1143.

C'est ainsi que le Conseil européen, les programmes intitulés: "Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne"³⁹ et "Le programme de Stockholm- une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens"⁴⁰ manifestent la nécessité d'adopter un instrument européen en matière successorale. Le Règlement européen considère qu' *"il y a lieu de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation des personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières. Dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession. Les droits des héritiers et légataires, des autres personnes proches du défunt ainsi que des créanciers de la succession doivent être garantis de manière effective"*⁴¹. Ce considérant rappelle la vocation intracommunautaire du Règlement. C'est pourquoi, les questions du texte européen qui ne concernent que l'espace européen ne seront pas assez développées dans la mesure où elles ne répondront pas aux objectifs de cette étude comparée. Ce considérant permet aussi, en combinaison avec d'autres dispositions du Règlement de déterminer le champ d'application de cet instrument.

16. Le champ d'application du Règlement est défini dans son chapitre premier. Il y a lieu de distinguer entre le champ d'application personnel, temporel, spatial et matériel.

17. Pour certains commentateurs du Règlement, le champ d'application personnel constitue une *"non question"*⁴² qui rejoint en réalité les champs d'application matériel et spatial⁴³. La succession de toute personne ayant sa résidence habituelle dans un État européen est soumise aux dispositions du

³⁹ Considérant 5 du préambule du règlement européen sur les successions internationales.

⁴⁰ Considérant 6 du préambule du règlement européen sur les successions internationales.

⁴¹ Considérant 7 du préambule du règlement européen sur les successions internationales.

⁴² C. NOURISSAT, "La champ d'application du Règlement", op. cit., p. 18.

⁴³ Ibidem.

Règlement. Celui-ci est indifférent quant à la nationalité du défunt puisqu'il n'existe aucune restriction dans le texte européen. Les personnes concernées peuvent donc être ressortissantes d'un État tiers.

18. Dans le cadre du champ temporel, on distingue entre l'entrée en vigueur et l'entrée en application. Ainsi, aux termes de l'article 84 alinéa 1 du Règlement dispose que celui-ci entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le même article précise dans son alinéa 2 que le Règlement est applicable à partir du 17 août 2015, à l'exception des articles 77 et 78 qui sont applicables à partir du 16 janvier 2014 et des articles 79, 80 et 81 qui sont applicables à partir du 5 juillet 2012. Certaines dispositions transitoires dont surtout celles de l'article 83 paragraphes 2, 3 et 4 permettent de valider successivement le choix de loi et les dispositions à cause de mort accomplis avant son entrée en application.

Certains auteurs observent le délai "*inhabituellement long*"⁴⁴ entre l'entrée en vigueur et l'entrée en application du Règlement. Ils suggèrent que cela pourrait s'expliquer par la nécessité pour les États membres de se mettre en ordre, eu égard surtout au caractère révolutionnaire du Règlement⁴⁵.

19. Dans le cadre du champ d'application spatial, on distingue entre la compétence internationale et la loi applicable.

S'agissant de la compétence internationale, le Règlement ne lie que les États européens signataires. On y rajoute le chapitre IV relatif à la reconnaissance et à l'exécution des décisions, ainsi que le chapitre V se rapportant à l'acceptation et à l'exécution des actes authentiques. Il en est de même pour les dispositions instaurant le certificat successoral européen.

S'agissant de la loi applicable, il s'avère que le Règlement a un caractère universel. En effet, l'article 20 du Règlement dispose que: "*Toute loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre*".

⁴⁴ C. NOURISSAT, "Le champ d'application du Règlement", article précité, p. 19.

⁴⁵ Ibidem.

20. Le champ d'application matériel est régi par l'article 1er du Règlement qui comprend deux paragraphes dont le premier opère une "délimitation positive"⁴⁶ alors que le second s'adonne à une "délimitation négative"⁴⁷ du champ d'application *ratione matris*.

Ainsi, le 1er paragraphe du Règlement précise qu'il régit tous les aspects civils de la matière successorale en écartant les questions administratives et fiscales⁴⁸. Quant au second paragraphe, il contient les exclusions du champ d'application matériel du Règlement couvrant les questions qui ne sont pas qualifiées de successorales⁴⁹.

⁴⁶ Ibid., p.20.

⁴⁷ Ibid., p.21.

⁴⁸ L'article 1er paragraphe 1 du Règlement dispose que: " Le présent règlement s'applique aux successions à cause de mort. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives".

⁴⁹ L'article 1er paragraphe 2 dispose que: " Sont exclus du champ d'application du présent règlement:

a) l'état des personnes physiques ainsi que les relations de famille et les relations réputées avoir des effets comparables en vertu de la loi applicable;

b) la capacité juridique des personnes physiques, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point et de l'article 26;

c) les questions relatives à la disparition, à l'absence ou à la mort présumée d'une personne physique;

d) les questions liées aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputées avoir des effets comparables au mariage;

e) les obligations alimentaires autres que celles résultant du décès;

f) la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort formulées oralement;

g) les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, de la propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant, de plans de retraite, de contrats d'assurance et d'arrangements analogues, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point i);

h) les questions régies par le droit des sociétés, associations et personnes morales telles que les clauses contenues dans les actes constitutifs et dans les statuts de sociétés, d'associations et de personnes morales qui fixent le sort des parts à la mort de leurs membres;

i) la dissolution, l'extinction et la fusion de sociétés, d'associations et de personnes morales;

j) la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts;

k) la nature des droits réels; et

l) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre".

21. Plusieurs principes directeurs caractérisent le Règlement qualifié de "révolutionnaire"⁵⁰. Le premier est la consécration du choix de l'unité successorale. Cette unité est adoptée dans ses deux aspects: l'unicité du rattachement ainsi que l'unité du *for* et du *jus*. Le deuxième est l'admission d'un mécanisme auquel certaines législations européennes y étaient, pendant longtemps réticentes qu'est la *professio juris*. Ce mécanisme s'ajoute aux dispositions à cause de mort pour ainsi renforcer le droit du *de cuius* à la planification de sa succession. Le troisième se rapporte à la continuité du Règlement européen à travers la création du certificat successoral européen, qui ne concerne pas tous les pays de l'Europe.

22. Avant le Brexit⁵¹, le Royaume Uni a activement participé aux discussions liées au Règlement. Cependant, il n'a pas participé à son adoption. Ce qui a suscité le regret de certains de ses commentateurs, qui estimaient qu'elle aurait été une belle occasion pour "jeter un pont"⁵² entre les systèmes de droit civil et ceux de la *common law*.

Ce refus d'adhérence au Règlement est d'abord, justifié par l'attachement du Royaume Uni à sa tradition dualiste. En effet, le choix de l'unité porte le

⁵⁰ C. NOURISSAT, "Une révolution copernicienne pour les successions internationales...- Entrée en application du Règlement (UE) n°650/2012 le 17 août 2015", *La Semaine Juridique*, Edition Générale n°36, 31 août 2015, doct. 935.

⁵¹ À la suite de la sortie du Royaume-Uni de l'UE le 31 janvier 2020 («jour de sortie») et de l'expiration de la période transitoire le 31 décembre 2020 («jour d'achèvement de la PI»), le droit de l'UE conservé a été intégré au régime juridique national. Les relations futures entre l'UE, la Communauté européenne de l'énergie atomique et le Royaume-Uni sont régies par l'accord de commerce et de coopération (l'« ACT »), l'accord sur la sécurité des informations classifiées (le « SCIA ») et l'accord de coopération nucléaire.

La loi de 2020 sur l'Union européenne (relations futures) prévoit l'incorporation de ces accords, et de tout accord complémentaire, dans le droit national. Outre les dispositions d'application spécifiques de la loi, l'article 29 de la loi 2020 sur les relations futures de l'Union européenne prévoit la mise en œuvre générale du TCA et du SCIA par la modification du droit interne existant dans la mesure où ces accords ne sont pas autrement mis en œuvre et ainsi dans la mesure où cette mise en œuvre est nécessaire aux fins du respect des obligations internationales du Royaume-Uni en vertu de ces accords. Bien que les principes pertinents établis par la Cour de justice de l'Union européenne avant la date d'achèvement de la propriété intellectuelle continuent de faire autorité en tant que jurisprudence de l'UE conservée, la Cour suprême et la Cour d'appel ne sont pas liées par la jurisprudence de l'UE conservée.

⁵² A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ème édition, Bruylant, 2016, p. 33.

risque de la soumission des immeubles se situant sur son territoire à une loi étrangère⁵³. Ensuite, en adoptant le Règlement, le Royaume devait renoncer à sa procédure classique de *probate*⁵⁴. Enfin, cette réticence est aussi justifiée par la crainte de mettre en risque certains modes de transfert de propriété tels que *le trust*, la donation ainsi que la liberté testamentaire⁵⁵.

23. La réglementation des successions internationales dans le système juridique tunisien est de source principalement interne. Hormis les conventions bilatérales d'entraide judiciaire, la Tunisie n'a adhéré à aucune convention internationale en la matière. Cela pourrait se justifier par l'échec de la plupart des conventions internationales relatives à la matière successorale dont notamment la Convention de La Haye de 1973 sur l'administration internationale des successions⁵⁶. Certains auteurs ont même conclu à "*l'improbable unification du droit international des successions*"⁵⁷.

24. La succession est régie sur le plan interne, par le code du statut personnel qui n'est que la reproduction des règles successorales du droit musulman. De ce fait, la succession *ab intestat* est de principe. Le testament n'est que secondaire et soumis à plusieurs conditions⁵⁸.

25. Sur le plan international, la succession est régie par le code de droit international privé. La compétence internationale fait l'objet de l'article 6-3 du CDIP et la loi applicable est régie par l'article 54 du chapitre IV intitulé "*les successions*" du même code.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibid., p. 34.

⁵⁶ R. BOUKHARI, "Les successions internationales en Droit international privé tunisien", *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruylant Bruxelles, Extrait année 2010, p.9.

⁵⁷ F. BOULANGER, "Codifications nationales et Convention de La Haye du 1^{er} aout 1989 : l'improbable unification du droit international des successions", in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 155 et s.

⁵⁸ L'article 179 C.S.P. dispose que : "*On ne peut disposer par testament en faveur d'un héritier ; on ne peut non plus disposer de plus du tiers de son patrimoine.*

Le legs fait au profit d'un héritier, ou ce qui excède le tiers du patrimoine du disposant, ne s'exécute que si les héritiers y consentent après le décès du testateur".

26. Ce cadre juridique est d'une importance particulière puisqu'elle a suscité un grand débat tant doctrinal que jurisprudentiel. Deux affaires importantes⁵⁹ ont été introduites devant le juge tunisien concernant la succession de deux étrangers : les défunts *Naâs* et *Zeinal Z*, ayant ainsi permis la mise en œuvre des articles 6-3 et 54 CDIP et la divulgation de leurs insuffisances et lacunes. En effet, l'application de ces deux articles a révélé leur grande ambiguïté due non seulement à leur mauvaise rédaction mais surtout à l'incertitude des choix du législateur sur toutes les questions se rapportant à la matière successorale.

A cause de cette ambiguïté, les positions doctrinales et jurisprudentielles ont spectaculairement divergé donnant lieu à des positions contraires, parfois même arbitraires et infondées. Celles-ci sont liées à la double incertitude sur les choix législatifs quant au principe successoral consacré et quant aux rattachements admis pour la détermination, à la fois, de la compétence internationale et de la loi applicable.

27. Conscient de ces lacunes juridiques, et suite à une forte pression doctrinale, le législateur a décidé de modifier le code de droit international privé. Ainsi, a été élaboré un avant projet de la modification du code⁶⁰ qui est encore en suspens et n'a toujours pas été soumis à l'approbation de la chambre des députés. Mais cet avant projet n'a pas tenu compte de certaines problématiques bien qu'il ait l'avantage de prendre position sur certains principes directeurs en matière de succession internationale.

28. On estime que ni la législation actuelle, ni celle de l'avant projet de réforme du code de droit international privé ne peuvent répondre à un impératif primordial qu'est la sécurité juridique. Il s'agit d'un impératif qui a été déclaré par la jurisprudence européenne⁶¹ comme étant un principe général de droit, et

⁵⁹ Et uniques, jusqu'à la rédaction de ces lignes.

⁶⁰ V. Annexe 1.

⁶¹ De Geus en Uittenboogerd c/ Bosch, CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. P. 97.

qualifié par la doctrine⁶² et la jurisprudence⁶³ françaises comme étant un principe constitutionnel. La doctrine anglaise lui attribue la qualité d'un principe universel largement admis dans les divers systèmes juridiques⁶⁴, tel est le cas aussi des autres systèmes européens comme le droit allemand, autrichien⁶⁵, etc. Ce principe est jugé, par la doctrine tunisienne, nécessaire en droit international privé de la famille⁶⁶, bien qu'il ne peut être absolu car "*l'antériorité de la règle de conduite par rapport au comportement interrogé n'est pas toujours vérifiée. Les revirements de jurisprudence, emportant changement du contenu de la règle de conduite, s'appliquent immédiatement à l'affaire en cause*"⁶⁷.

Le caractère relatif de ce principe n'altère pas la place prépondérante qu'il occupe dans toutes les branches du droit, pas uniquement dans le droit de la famille. Ce principe est généralement conjugué avec l'idée de la prévisibilité⁶⁸ qui à son tour, "*pointe vers un autre fondement: celui de l'effectivité du droit. Dans cette perspective, il s'agirait de respecter les effets juridiques déjà donnés (...) à l'étranger selon une loi découlant de la règle de droit international privé étrangère, parce que ne pas les respecter constituerait une violation des attentes légitimes des parties ou plus généralement, de la stabilité des situations juridiquement consacrées*"⁶⁹.

⁶² B. MATHIEU, "France, Rapport à la table ronde sur Constitution et sécurité juridique", in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p. 156; M. LUCIANI, "L'éclipse de la sécurité juridique", *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4, n°100, PUF, p.992.

⁶³ Const. N° 99-421 du 16 décembre 1999, J.O. 22 décembre 1999.19041.

⁶⁴ J. LINARELLI, "Legal certainty: a common law view and critique", in M. FENWICK, MM SIEMS & S. WRBKA, *The shifting meaning of legal certainty in comparative and transnational law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

⁶⁵ P. HEINRICH NEUHAUS, "Legal certainty versus equity in the conflict of laws", *Law and Contemporary Problems*, vol. 28, no. 4, 1963, pp. 795–807.

⁶⁶ S. TRIKI, "Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille", in *Droits fondamentaux et droit international privé*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, Maison du livre, 2016, p. 77 et suiv.

⁶⁷ Ibid., p.78.

⁶⁸ V. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Éditions Defrénois, Coll. Doctorat et Notariat, 2009; G. GOLDSTEIN, "L'exception de prévisibilité, vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?", *RCDIP*, 2018/1, N°1, pp. 3 à 29.

⁶⁹ G. GOLDSTEIN, "L'exception de prévisibilité...", précité, p. 7.

La sécurité juridique exige aussi l'intelligibilité de la règle juridique. *"L'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'inintelligence qui le fait disparaître: une loi inintelligible est une mascarade juridique"*⁷⁰.

29. Est il donc permis de qualifier les règles successorales tunisiennes de *mascarade juridique*? Mériteraient elles un terme aussi rude et péjoratif? A son corps défendant, la réponse ne peut être qu'affirmative. Il faut admettre ses faiblesses et lacunes pour pouvoir avancer et réaliser les objectifs de la règle de droit. L'objectif majeur des règles du droit international privé est la coordination entre les systèmes juridiques. Il ne s'agit pas nécessairement d'une identité des solutions juridiques, mais simplement d'une prise en compte des divergences caractérisant les systèmes juridiques. Car il n'est pas plus naturel ou plus humain qu'être différent. C'est pourquoi, tant d'efforts ont été déployés en vue de l'harmonisation des diverses législations, mais en vain. Mais l'harmonisation doit être d'abord vérifiée à l'échelle nationale.

30. Celle-ci est encore plus douteuse en droit interne tunisien. En effet, l'ambiguïté des textes juridiques régissant la matière successorale a divisé la doctrine et la jurisprudence. Pour réaliser les objectifs de coordination et de coopération internationale, la règle de droit doit être accessible, compréhensible, claire et non équivoque pour tous les citoyens nationaux ou étrangers⁷¹.

31. D'où le double intérêt de cette étude comparée, à travers laquelle on essaiera de prouver qu'il est fort possible de minimiser les écarts entre les systèmes juridiques étudiés et suggérer ce que l'on pense une meilleure formulation des règles de conflits nationales assurant la bonne coordination entre les divers ordres juridiques en matière successorale.

⁷⁰ P. MALAURIE, "L'intelligibilité des lois", *Pouvoirs*, 2005/3, n°114, Le Seuil, p. 131.

⁷¹ *Ibidem*.

32. L'ambiguïté et l'indécision du législateur ainsi que de la jurisprudence en droit tunisien, sans être excusée, est compréhensible. La matière des successions internationales est le siège parfait du doute et de l'incertitude. Certains systèmes ont pu assurément prendre position. Les États européens ont voté pour l'unité, le droit anglais est resté attaché à sa tradition scissionniste. Entre les deux systèmes, les divergences sont d'ampleur. L'on est donc en droit de se demander:

33. Dans une matière assez complexe devant être lisible et intelligible, quelles solutions doivent être envisagées pour assurer une meilleure coordination entre des systèmes juridiques très hétéroclites en orientant le droit tunisien vers des règles de conflit garantissant ce même objectif de coordination et de coopération internationale?

*"Il faut se rendre compte de l'état actuel des choses quand on veut surmonter les difficultés qui en découlent. Lorsqu'on aspire à l'unification, il faut connaître les divergences"*⁷². C'est pourquoi on se propose tout d'abord d'exposer les divergences caractérisant les systèmes comparés (**Première Partie**) pour passer ensuite à leur traitement afin d'en déduire les solutions possibles à la coordination entre desdits systèmes (**Deuxième Partie**).

⁷² H. LEWALD, "Questions de droit international des successions", Vol. 009, *RCADI*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 1925, p. 10.

Partie première

Des systèmes comparés hétéroclites

Partie première: Des systèmes comparés hétéroclites

34. La réunion des trois systèmes juridiques qu'on se propose de comparer, peut *a priori* se manifester inconcevable vu les grandes divergences caractérisant leurs choix en matière de successions internationales.

Ces divergences sont surtout liées à des traditions juridiques, auxquelles certains systèmes refusent de céder.

C'est l'exemple du droit anglais, qui, même avant de quitter l'Union européenne, s'est montré attaché au principe de la scission successorale et à la distinction orthodoxe entre les biens meubles et immeubles.

C'est aussi l'exemple du droit tunisien, qui n'a subi aucune modification depuis sa promulgation, malgré ses innombrables lacunes. Un avant projet de réforme du code de droit international privé a été établi, mais il n'apporte pas les modifications nécessaires à surmonter ces lacunes.

Par contre, à l'échelle européenne, le rapprochement, voire l'unification du droit successoral international, manifeste une volonté réelle de dépasser les divergences pour assurer la coordination entre les États de l'Union.

Le rapprochement entre les divers systèmes juridiques, est aussi l'une des finalités principales de cette étude comparée. Pour atteindre ce but, il est donc impératif de déceler tout d'abord les points de différence entre ces systèmes.

La divergence des trois systèmes comparés est constatée sur deux plans: au niveau du régime juridique des successions *ab intestat* d'une part (**Titre Premier**), et au niveau de la planification successorale d'autre part (**Titre Deuxième**).

Titre premier: La divergence des régimes juridiques des successions *ab intestat*

35. On entend par régime juridique régissant les successions *ab intestat*, les règles de conflits successorales visant la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable.

La divergence des règles de conflits régissant les successions *ab intestat* est vérifiée à travers deux questions principales à savoir: les rattachements retenus pour fonder la compétence internationale et la loi applicable à une succession internationale (**Chapitre Premier**), ainsi que la mise en œuvre de ces règles de conflits dans les trois systèmes comparés (**Chapitre deuxième**).

Chapitre premier: Diversité des rattachements successoraux en matière successorale

36. La succession est au croisement du statut personnel, le statut réel ainsi que les actes juridiques⁷³. La nature hybride de la matière successorale a généré divers rattachements spécifiques à cette matière.

En se demandant sur les éléments d'extranéité pouvant qualifier la succession d'internationale, la doctrine affirme que l'internationalité peut résulter soit de la nationalité étrangère du défunt, soit de la situation de son domicile soit de la situation de ses biens à l'étranger⁷⁴.

Ces rattachements sont spécifiques à la matière successorale et ont été différemment consacrés par les systèmes comparés pour fonder les deux compétences juridictionnelle et législative: certains critères servent de règle de principe (**Section première**), d'autres interviennent à titre résiduel (**Section deux**).

Il est aussi nécessaire de vérifier la possibilité d'intervention d'autres critères à vocation générale à côté de ces critères spécifiques, pour fonder la compétence (internationale et législative) en matière successorale (**Section trois**).

⁷³ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, 12ème édition, LGDJ, Lextenso, 2019, p.597; M. FERID, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé", *RCADI*, Leiden, Boston : Brill , cop. 2008, p. 87.

⁷⁴ M. FERID, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé", op. cit., p. 87.

Section première: Les rattachements successoraux de principe

37. Ces rattachements sont généralement regroupés en deux catégories: des rattachements personnels eu égard au lien entre la matière successorale et celle du statut personnel (**Paragraphe premier**), et un rattachement réel manifestant la relation entre la succession et le statut réel (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Les rattachements personnels

38. En matière successorale, l'un des centres de gravité est la personne. Donc, parmi les rattachements déterminants, il y a ceux relatifs aux attributs de la personne. A cet égard, une éminente doctrine affirme que: "*Dans l'ensemble des pays du monde, la localisation des rapports de droit relevant du statut personnel s'effectue en fonction de la personne c'est-à-dire du sujet dudit rapport. Mais l'accord cesse lorsqu'il s'agit de déterminer l'élément de localisation qui doit être retenu: nationalité ou domicile*"⁷⁵. Aussi admet on que la controverse entre le principe de la nationalité et de celui du domicile a divisé le monde en deux camps⁷⁶.

39. Dans les trois systèmes comparés, c'est la personne du défunt qui sert de référence pour la détermination de la compétence internationale et de la loi applicable, à l'exclusion des autres intervenants dans la relation, tels que les héritiers ou les créanciers. Aucun des systèmes comparés ne prévoit de rattachement spécifique à la matière successorale, lié à la nationalité ou au domicile des héritiers ou des créanciers. Ce qui constitue, fort heureusement, un point commun entre ces législations. Cela n'a pas empêché certains auteurs

⁷⁵ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, *Droit international privé*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2013, p. 211.

⁷⁶ L. I. DE WINTER, "Nationality or Domicile?, The present state of affairs", *RCADI*, Vol. 128, 1969, III, p. 357.

d'évoquer la possibilité de soumettre la succession à la loi nationale de l'héritier, car on "*préférerait la loi des vivants à celle des morts*"⁷⁷.

Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence tunisienne dévoile que pour déterminer le caractère international de la succession, la Cour de cassation tunisienne fait parfois référence, non seulement à la nationalité étrangère de certains héritiers, mais aussi à la situation de leurs domiciles dans des États différents⁷⁸. Cette position est critiquable, vu que les héritiers ne constituent pas le centre de gravité du rapport successoral. Ils n'ont aucun effet sur la naissance de ce rapport. C'est uniquement la personne du défunt, ou plutôt l'extinction de la personne du défunt qui permet la constitution de la relation successorale.

40. L'exclusion des héritiers a plusieurs fondements. D'abord, c'est un impératif pour que la transmission du patrimoine successoral soit régie par une loi unique et qu'elle se réalise à travers une seule autorité⁷⁹. En effet, tenir compte de la personne des héritiers porte le grand risque de "*l'éclatement*"⁸⁰ de la succession s'ils sont de nationalités différentes ou résident dans des États différents⁸¹. On estime que l'unicité de l'autorité et de la loi applicable en matière successorale est un idéal, mais un idéal "*radicalement inaccessible*"⁸².

Ensuite, "*on ne peut pas déterminer la loi successorale en la rattachant au statut personnel d'une personne dont la qualité d'héritier dépend de la loi à déterminer*"⁸³, car ceci "*ne manquerait pas de conduire à un cercle vicieux*"⁸⁴.

41. Lors de la détermination de la loi applicable à la succession, les trois systèmes comparés se réfèrent à la loi personnelle.

⁷⁷ H. LEWALD, "Questions de droit international...", op. cit., p. 18.

⁷⁸ Arrêt n°2830 du 7 décembre 2006, précité, p. 25.

"و حيث من الثابت أن تركة مورث الأطراف التونسي الجنسية تشمل أموالا موجودة بالبلاد التونسية و أخرى موجودة خارجها وهي مستحقة لورثة يحملون جنسية أجنبية فمنهم من هو مقيم بالبلاد التونسية ومنهم من هو مقيم خارجها مما يجعل النزاع حولها يكتسي طابعا دوليا".

⁷⁹ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, op. cit., p. 597.

⁸⁰ A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", Vol. 350, RCADI 2010, p. 178.

⁸¹ Ibidem.

⁸² P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, op. cit., p. 597.

⁸³ H. LEWALD, "Questions de droit international...", op. cit., p. 18.

⁸⁴ A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", op. cit., p. 178.

La doctrine française considère qu'il s'agit d'une notion complexe et en donne une définition confirmant cette complexité. Est donc personnelle la loi "*qui dispose directement au sujet des personnes, quoique, par voie de conséquence, au sujet des biens*"⁸⁵. Il ressort de cette définition que la loi personnelle est celle qui régit le statut des personnes, leur capacité, les relations juridiques entre les divers membres de la famille et plus particulièrement les relations entre conjoints, descendants et ascendants ainsi que les transactions découlant du droit de la famille, tel que le mariage, le divorce, l'adoption et la succession qu'elle soit *ab intestat* ou testamentaire, meuble ou immeuble⁸⁶.

42. Cette étude comparée a donc permis de révéler la consécration par ces systèmes de deux types de critères personnels, à savoir: les critères territoriaux en rapport avec la localisation géographique du défunt **(I)** et le critère de la nationalité du *de cuius* **(II)**.

I- Les rattachements personnels à caractère territorial

43. En se basant sur le lieu de vie du défunt, deux rattachements fondent à la fois la compétence internationale et la loi applicable en matière successorale dans les systèmes comparés, à savoir: le domicile et la résidence habituelle.

Une première facette de la divergence entre les systèmes comparés réside tout d'abord, dans le rattachement retenu pour asseoir la compétence internationale et législative en matière successorale.

Les rattachements personnels territoriaux sont adoptés par tous les systèmes étudiés. Cependant, la consécration de ces critères diffère d'un système à l'autre. Ceci constitue une première source de complexité, qui s'accroît face à la différence des définitions attribuées à ces rattachements dans les différentes législations internes des systèmes comparés.

⁸⁵ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome I, 8ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, p. 375, Définition de G. DE CUN traduite par les auteurs dans la note de bas de page n°7.

⁸⁶ L. I. DE WINTER, "Nationality or Domicile?", *op. cit.*, p. 358.

En effet, on évoque en premier lieu, la distinction classique entre le domicile et la résidence. On rappelle ensuite, la distinction entre le domicile et la résidence habituelle. Le droit tunisien, ainsi que le droit anglais font recours au domicile (A), tandis que le Règlement opte pour la dernière résidence habituelle (B).

A- Le domicile

44. Le domicile est généralement défini par la doctrine comme étant "*un rapport de droit entre l'individu et un lieu déterminé, - disons ici: et un État déterminé, - ce rapport de droit constituant une présomption, d'après laquelle l'individu se trouve toujours dans ce lieu ou dans cet État*"⁸⁷.

Ainsi, toute personne est obligée légalement d'avoir un domicile⁸⁸, dont elle a la pleine liberté d'en choisir l'emplacement⁸⁹. En droit tunisien, comme dans d'autres systèmes juridiques⁹⁰, le domicile est l'un des éléments de l'identification de l'individu. Il est également, l'une des indications d'identité devant apparaître sur la carte d'identité nationale⁹¹.

45. Quant à la résidence, celle-ci est également définie par la doctrine comme étant le: "*lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable, mais qui peut n'être pas son domicile (ex. résidence secondaire, résidence conjugale ne coïncidant pas avec le domicile de fonction que la femme a dans une ville voisine, etc.) et auquel la loi attache principalement, subsidiairement ou concurremment avec le domicile, divers*

⁸⁷ B. DE MAGALHAES, "La doctrine du domicile en droit international privé", Volume 23, *RCADI*, 1928-III, p.5.

⁸⁸ DICEY, MORRIS and COLLINS, *The conflict of laws*, fifteenth edition, Volume 2, 2012, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, p. 135.

⁸⁹ Y. BUFFELAN-LANORE, Domicile, demeure et logement familial Civ., *Répertoire de droit civil*, , Dalloz, Mise à jour de Décembre 2019, n°239.

⁹⁰ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit Civil: Introduction- Biens- Personnes- Famille*, 22ème édition, 2021-2022, Sirey, p.457.

⁹¹ Article 2 de la loi n°93-27 du 22 mars 1993 relative à la carte nationale d'identité.

effets de droit (ex. détermination de la compétence territoriale des juridictions, cpc, a.43)"⁹².

46. La doctrine précise que la résidence se distingue du domicile par son caractère factuel⁹³. La notion de domicile est souvent fictive⁹⁴, une création de la loi, "*an idea of law*"⁹⁵.

Toutefois, même si les deux termes supposent l'existence d'un élément matériel, à savoir celui de l'habitation réelle, principale et stable, la résidence diffère du domicile du fait qu'elle est dépourvue de l'élément intentionnel et fictif reposant sur l'idée du choix⁹⁶. Il s'agit du choix et de l'intention de s'établir et de se stabiliser dans un lieu déterminé⁹⁷. De ce fait, la résidence passagère d'un étranger sur le territoire tunisien ne peut pas constituer un rattachement déterminant, vu qu'elle ne reflète aucun rapport objectif et réel avec le pays en question. La compétence des tribunaux tunisiens n'aura qu'un caractère artificiel.

47. Le domicile a, depuis longtemps, été considéré par une grande partie de la doctrine, dont LOISEAU et SAVIGNY, comme étant le critère de prédilection⁹⁸, voire incontesté⁹⁹, en matière de succession internationale et de statut personnel d'une manière générale.

⁹² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 12ème édition, 2018, Quadrige, PUF.

⁹³ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p.457.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cité au DICEY, MORRIS and COLLINS, *The conflict of laws*, fifteenth edition, Volume 2, 2012, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, p. 132.

⁹⁶ نور الدين قارة، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، أفريل 2021، مجمع الأطرش، ص. 44.

N. GARA, *Le précis en droit international privé (en langue arabe)*, 1ère édition, Avril 2021, Latrach édition, p.44.

⁹⁷ "علي الجلولي، "المقر في القانون التونسي"، م. ق. ت.، عدد 6، جوان 1983، مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 19.

A. JALLOULI, "Le domicile en droit tunisien" (en langue arabe), in *R.J.L.*, n°6, Juin 1983, Centre d'Études Juridiques et Judiciaires, p. 19.

لطفي الشاذلي و مالك الغزواني، مرجع مذكور سابقاً، ص 80.

L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *op. cit.* (en langue arabe), p. 80.

⁹⁸ B. DE MAGALHAES, *op. cit.*, p. 9 et suiv.

⁹⁹ L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. AUDIT, Les relations privées internationales*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 15.

Cependant, il n'existe pas de définition uniforme de la notion de domicile ni dans les conventions internationales¹⁰⁰, ni dans les droits internationaux privés des divers systèmes juridiques. D'où l'obligation de recourir aux notions du droit interne concerné lorsque le rapport est international¹⁰¹.

A l'échelle interne, les systèmes juridiques ne consacrent pas la même définition du domicile. D'ailleurs, on classe les législations en deux catégories:

Pour la première catégorie, "*le domicile est le lieu où la personne a son principal établissement ou le centre de ses affaires et de ses intérêts*"¹⁰². C'est l'exemple du droit français qui définit le domicile dans l'article 102 du code civil en ces termes: "*Le domicile de tout français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement*". C'est aussi l'exemple du droit italien définissant le domicile dans l'article 43 du code civil italien et distinguant nettement entre les deux notions de domicile et de résidence. Tout comme le droit français, le domicile se trouve, au sens du droit italien, au lieu où la personne a établi son principal établissement et ses intérêts¹⁰³.

La seconde catégorie de législations considère que "*le domicile est le lieu où la personne a sa résidence permanente ou habituelle*"¹⁰⁴. Et c'est sur cette définition que s'aligne le droit tunisien.

¹⁰⁰ Bien qu'il soit nécessaire de rappeler, que certaines conventions internationales prévoient une définition de la notion de domicile, telle que la convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille signée à Varsovie le 5 avril 1967 disposant dans son article 1er que: "*Possède son domicile sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes la personne qui a sa résidence habituelle sur ce territoire*"; ainsi que la convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et de la coopération judiciaire, signée à Rabat le 10 août 1981, disposant dans son article 2 que: "*Le domicile d'une personne est le lieu où elle a sa résidence habituelle effective*"; et la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile disposant dans son article 5 ce qui suit: "*Le domicile, au sens de la présente convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité*".

¹⁰¹ B. DE MAGALHAES, op. cit., p. 32.

¹⁰² Ibid., p. 38.

¹⁰³ L'article 43 du code civil italien dispose que: "*Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi*".

¹⁰⁴ B. DE MAGALHAES, op. cit., p. 38.

D'ailleurs, le juge tunisien, saisi d'un litige international, devra recourir au droit procédural interne¹⁰⁵, siège de la notion. En effet, l'article 7 du CPCC distingue entre le domicile réel, le domicile professionnel et le domicile élu¹⁰⁶.

De prime abord, il y a lieu d'écarter le domicile professionnel car il ne peut asseoir la compétence en matière successorale, celle-ci faisant partie du statut personnel. Ainsi, on ne retiendra que la notion du domicile réel.

Il ressort de la définition du domicile réel telle que prévue par l'article 7 susmentionné, que le législateur ne distingue pas entre la notion du domicile et celle de la résidence habituelle. Au contraire, il en fait des synonymes.

C'est aussi le cas de la législation portugaise qui définit le domicile comme étant le lieu où le citoyen a sa résidence permanente¹⁰⁷. C'est encore l'exemple du droit espagnol disposant que pour l'exercice des droits et l'accomplissement des obligations civiles, le domicile des personnes est au lieu de leur résidence habituelle¹⁰⁸.

Le droit tunisien consacre le critère du "*dernier domicile du défunt*" pour la détermination de la loi applicable aux successions *ab intestat* dans l'article 54 CDIP. Vu que le droit international privé tunisien ne précise pas cette notion, il y a lieu de la définir en combinant les deux articles 54 du CDIP et 7 du CPCC. Le "*dernier domicile du défunt*" correspond donc à la dernière résidence habituelle du défunt, qui est le critère consacré par le Règlement européen sur les successions internationales pour fonder à la fois la compétence internationale et la loi applicable au litige successoral.

¹⁰⁵ نور الدين قارة، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع مذكور سابقاً، ص. 44.

N. GARA, *Le précis en droit international privé*, op. cit., p.44.

¹⁰⁶ L'article 7 CPCC dispose que: " *le domicile réel d'une personne physique est le lieu où elle réside habituellement.*

Le lieu où une personne physique exerce sa profession ou son commerce constitue le domicile réel en ce qui concerne les transactions relatives à cette activité.

Le domicile élu est le lieu indiqué par la convention ou par la loi pour l'exécution d'une obligation ou pour l'accomplissement d'un acte judiciaire".

¹⁰⁷ L'article 41 du code civil portugais de 1867.

¹⁰⁸ L'article 40 du code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889.

A cet égard, certains auteurs estiment que l'assimilation du domicile à la résidence habituelle pourrait aboutir au risque de fonder la compétence sur " *une simple résidence ou bien sur une simple présence sur le territoire tunisien*"¹⁰⁹. Cet avis est entièrement partagé. Toutefois, ces mêmes auteurs admettent que le juge doit vérifier " *la véracité du domicile*"¹¹⁰ et que le lieu d'ouverture de la succession doit " *correspondre à une résidence stable et durable du de cujus faisant de la Tunisie le centre de ses intérêts*"¹¹¹. Mais, en réalité, cette suggestion ne correspond pas à celle du *domicile*, mais plutôt à celle de la *résidence habituelle*. D'ailleurs, le Règlement européen évoque justement le " *lien stable*" en vue de vérifier le caractère habituel de la résidence¹¹². Par ailleurs, la Cour de cassation française définit la résidence habituelle comme étant: " *le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts*"¹¹³.

48. Il va sans dire que l'appréciation de l'existence du domicile du défunt reste soumise au pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Toutefois, l'étude de la jurisprudence tunisienne en matière de succession internationale, montre que la Haute juridiction utilise indifféremment les deux notions de domicile et de résidence. Aussi, ne semble-t-elle pas distinguer entre les deux notions. Dans certains arrêts, la Cour de cassation cumule et combine même les deux termes (" *domicile résidence du défunt*" " *مقر إقامة المتوفى* ") mettant ainsi le doute sur la notion qu'elle adopte pour asseoir sa compétence internationale¹¹⁴.

¹⁰⁹ R. TLILI HENI, *Conflict de juridictions et statut personnel: étude de compétence internationale directe*, Thèse de Doctorat en Droit, présentée et soutenue publiquement le 12 avril 2017, Université de Carthage, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, p.347.

¹¹⁰ R. TLILI HENI, op. cit., p. 347.

¹¹¹ Ibid., p. 348.

¹¹² Considérant 23 du Règlement sur les successions.

¹¹³ Civ. 1ère, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, *Bull.* n°506.

¹¹⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2830، مؤرخ في 2006/12/07، ن.م.ت 2006، قسم المرافعات المدنية والتجارية، ص 283 " إن قاعدة افتتاح التركة بمقر المتوفى تعد من قواعد الإختصاص الترابي الداخلي في صورة تشتت التركة في البلد الواحد و تتماشى مع أحكام الفصل 11 من مجلة التسجيل و الطابع الجبائي الذي يوجب التصريح بالتركة بقباضة المالية الراجع لها بالنظر مقر إقامة المتوفى في صورة وجود مقر له بالبلاد التونسية و هي كذلك من قواعد الإختصاص الدولي في صورة ما إذا كانت التركة مشتملة على أموال مائنة ببلدان مختلفة وفق ما هو مقرر في القانون الدولي الخاص المقارن بناء على قرينة قوية تتمثل في وجود جل أموال المتوفى بمقره الأصلي قبل وفاته و كذلك وجود أغلب دائنيه بذلك المقر و كذلك

Dans le même sens, à l'occasion de l'affaire *Zeinal Z*, les juges du fond, ainsi que la Cour de cassation ne se sont pas référés à l'article 7 CPCC. Ils n'ont même pas vérifié le caractère habituel de la résidence du défunt en Tunisie comme l'exige ledit article 7, en se contentant d'une simple attestation de résidence pour fonder leur compétence internationale¹¹⁵. A cet égard, on se demande si les juges du fond ont déduit une présomption d'habitude à partir de ce certificat de résidence?

Il est à noter que le critère de la résidence en Tunisie fut adopté par la jurisprudence antérieure à la promulgation du code de droit international privé dans, notamment, la décision rendue par la Cour d'appel de Tunis datant de 1964¹¹⁶, et l'arrêt émanant de la Cour de cassation en date du 23 mars 1993¹¹⁷.

لأنها تعبر عن إرادة المورث في إخضاع أمواله للنظام القضائي للدولة التي اختار الإقامة بها و أنه يجد مصلحته و مصلحة وارثيه بذلك الخيار".

Cass. Civ. n°2830 du 07/12/2006, *Bull. C. cass. 2006, partie procédure civile et commerciale*, p. 283 "La règle de l'ouverture de la succession au domicile du défunt fait partie des règles régissant la compétence territoriale du droit interne lorsque les biens successoraux sont éparpillés sur le territoire d'un seul État. Cette règle est en harmonie avec l'article 11 du code de l'enregistrement et de timbre qui impose la déclaration de la succession à la recette des finances dans le ressort de laquelle se trouve "le domicile de résidence" du défunt, si le défunt avait son domicile en Tunisie. Elle est aussi une règle de compétence internationale si les biens successoraux sont dispersés sur les territoires de plusieurs États. C'est ce qui est prévu dans le droit international privé comparé qui se fonde sur une présomption solide selon laquelle la plupart des biens du défunt se trouvent à son domicile réel avant sa mort. C'est aussi le lieu où se trouve la majorité de ses créanciers. Ce domicile reflète aussi l'intention du *de cuius* à soumettre ses biens à la loi de l'État dans lequel il a choisi de résider et qu'il y trouve son intérêt ainsi que celui de ses héritiers".

¹¹⁵ C'est le cas de l'affaire de *Zeinal Z*, Cass. Civ. n°5128 du 9 mars 2006, *Bull. C. cass. 2006, partie procédure civile et commerciale*, p. 277; commenté par S. Ben Achour, "Les successions en droit international privé tunisien: entre ambiguïté des textes et perplexité des juges, A propos de l'affaire Kamel Z", in *Mélanges en l'honneur du Doyen Y. BEN ACHOUR*, CPU 2008, p. 246. En l'espèce, un homme d'affaires, ayant quatre nationalités étrangères, possédait des parts sociales d'une société ayant son siège sociale en Tunisie. Après son décès, sa concubine et mère de son enfant naturel saisit les tribunaux tunisiens pour exiger la part de son enfant de la succession du défunt. Parmi les questions évoquées était celle du lieu d'ouverture de la succession. Et à cet effet, les juges du fond, appuyés par la Cour de cassation, se sont déclarés compétents sur une simple attestation de résidence de moins d'une année (du 1er avril 2001 au 28 mars 2002) délivrée par les services du ministère tunisien de l'intérieur.

¹¹⁶ محكمة الإستئناف بتونس، قرار عدد 56590، مؤرخ في 12 فيفري 1964، م.ق.ت، عدد 7، ص:28 "المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر عملاً بالفقرة الخامسة من الفصل 2 من م.م.ت. لكون النزاع يتعلق بتركة وقع فتحها بتونس ما دام الموصي مقيماً بتونس".

49. S'agissant du système anglais, une partie de la doctrine anglaise considère que la notion de domicile, telle que traditionnellement admise en droit anglais, est défectueuse et nécessite une réforme urgente¹¹⁸. En effet, la définition du domicile est fournie par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* ainsi que par le *Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001*¹¹⁹. A cet égard, on note que ces textes ont subi des modifications suite à l'Exit du Royaume Uni de l'Union Européenne par le *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*. Ainsi, on ne fait plus mention aux conventions de Bruxelles et de Lugano, et au règlement de Bruxelles I relatifs à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. On cite aussi le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*.

D'après ces textes, on distingue entre trois types de domiciles: le domicile de choix (*the domicile of choice*), le domicile d'origine (*the domicile of origin*) et le domicile de dépendance (*the domicile of dependence*)¹²⁰.

Il y a lieu de définir en premier lieu le domicile de dépendance, car il évoque moins de problématiques et d'interactions avec les autres types de domicile en droit anglais. Le *domicile of dependence* d'un individu est conçu comme étant le domicile de la personne dont il dépend légalement et change par

Cour d'appel de Tunis, arrêt n°56590 du 12 février 1964, in *R.J.L.*, n°7, 1964, p.28: "En application du paragraphe 5 de l'article 2 C.P.C.C., les tribunaux tunisiens sont compétents de connaître d'une succession ouverte en Tunisie tant que le testateur réside en Tunisie".

¹¹⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 28151، مؤرخ في 23 مارس 1993، المجلة القانونية التونسية 1993، ص 409 و ما بعد، مع تعليق الأستاذ نور الدين قارة، حيث جاء في القرار ما يلي: " طالما أن المورثة الفرنسية الجنسية تقيم بتونس و مقرها عند الوفاة كان بها فإن المحكمة المختصة بالنظر ترابيا و حكما في النزاع هي المحكمة التونسية وفقا لمقتضيات الفصل 2 م.م.ب.ت. "

Cass. civ., n° 28151 du 23 mars 1993, R.T.D., 1993, p. 409, note N. GARA. D'après cet arrêt, tant que la défunte de nationalité française résidait en Tunisie et que son dernier domicile est sis sur le territoire tunisien, la compétence territoriale et d'attribution du litige est attribuée au juge tunisien, en application de l'article 2 du C.P.C.C.

Il est à noter que dans cet arrêt, la Cour ne fait pas référence à la compétence internationale, mais à la compétence territoriale et d'attribution. Ceci révèle un courant jurisprudentiel précédent le code de DIP, marginalisant les règles de droit international privé.

¹¹⁸ R. FENTIMAN, "Domicile revised", article précité, p. 445.

¹¹⁹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 131.

¹²⁰ J. O'BRIEN, *Conflict of laws*, second edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999, p.41.

son changement¹²¹. Le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* détermine les personnes sujettes au domicile de dépendance. Il s'agit des enfants non mariés et n'ayant pas 16 ans révolus ainsi que les handicapés mentaux¹²².

Le domicile d'origine est attribué à la naissance et persiste durant l'enfance sauf s'il est remplacé ultérieurement par un domicile de dépendance¹²³. A cet effet, on précise que le domicile des mineurs change à chaque fois que la personne dont elle dépend change de domicile¹²⁴. Le domicile d'origine persiste durant la vie de l'individu jusqu'à son déplacement à un autre État où il résidera avec l'intention d'y vivre indéfiniment¹²⁵. En d'autres termes, jusqu'à l'obtention d'un domicile de choix.

S'agissant du domicile de choix, toute personne qui n'est pas frappée d'une incapacité et ayant atteint l'âge de 16 ans¹²⁶ est considérée en droit anglais comme apte à acquérir le domicile de son choix en résidant dans un pays avec l'intention d'en faire une habitation permanente. Ce domicile doit ainsi réunir les deux conditions cumulatives qui sont l'élément matériel (*factum*) et l'élément intentionnel (*animus*)¹²⁷.

Le *domicile of choice* est défini comme étant le domicile que toute personne a le droit d'acquérir en réunissant les deux conditions cumulatives de la résidence et de l'intention d'y résider d'une manière permanente et indéfinie¹²⁸.

Il appert ainsi, que le *domicile of choice* du droit anglais correspond à la notion de domicile réel du droit tunisien et non pas à celle du domicile élu. En effet, en droit tunisien l'élection (ou le choix) du domicile n'est entamée qu'en vu

¹²¹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 163.

¹²² Il est à noter que l'épouse faisait partie des personnes soumises au domicile de dépendance. Celle-ci était considérée comme légalement dépendante de son mari. Son domicile était donc celui de son époux. Cette règle a été abrogée par l'entrée en vigueur du *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*; voir: DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 165.

¹²³ P. MCELEAVY, "Regression and reform in the law of domicile", article précité, p. 455.

¹²⁴ Ibid., p. 455, note de bas de page n°14.

¹²⁵ Ibid., p. 455.

¹²⁶ *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, section 3 (1).

¹²⁷ J. O'BRIEN, op. cit., p.67; R. FENTIMAN, "Domicile revisited", *Cambridge Law Journal*, 50 (3), November 1991, Printed in Great Britain, p. 446.

¹²⁸ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 142.

de l'exécution d'une obligation légale ou l'accomplissement d'un acte judiciaire (l'article 7 CPCC). On rappelle à ce niveau, que le droit tunisien ignore la notion de domicile d'origine consacrée en droit anglais.

50. Quant à la doctrine anglaise, celle-ci utilise le concept de "*permanent home*"¹²⁹. La traduction littérale du terme est le "*foyer*"¹³⁰ permanent". Par ailleurs, elle admet que ce concept constitue la base de la notion de domicile¹³¹.

Bien qu'elle affirme que la notion de domicile est assez vague en droit anglais¹³², la doctrine anglaise la définit en ces termes: "*Toute personne qui, jouissant d'une pleine capacité juridique, réside dans un pays (country) avec l'intention d'y établir son foyer (home), acquiert dans ce pays un domicile qu'elle conserve jusqu'à ce qu'elle en acquière un autre ailleurs*"¹³³.

La doctrine précise qu'une personne est réputée avoir son *home* quand il réside dans un pays sans aucune intention de le quitter définitivement ou pour une période indéfinie¹³⁴. A cet effet, une personne qui réside temporairement dans un autre État, ne peut être considérée avoir quitté son *home*¹³⁵.

Il appert de toutes les définitions doctrinales précédentes, la nécessaire réunion des deux éléments matériel (le foyer) et intentionnel ou moral (*animus manendi*).

Dans le même sens, on peut citer le droit allemand qui semble exiger l'élément intentionnel dans l'article 7 du BGB disposant d'abord, dans son premier paragraphe ce qui suit: "*Quiconque s'établit à demeure dans un lieu y*

¹²⁹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 132. La doctrine anglaise fait toujours référence à la définition de "*permanent home*" introduite par Lord Cranworth dans l'affaire *Wicker v Hume* (1858) 7 HLC 124, p. 160: "*By domicile we mean home, the permanent home. And if you don't understand your permanent home, I'm afraid that no illustration drawn from foreign writers or foreign languages will very much help you do it*".

¹³⁰ Le terme est cité dans l'ouvrage de E. JENKS (rédacteur en chef), *Digeste de droit civil anglais*, 2ème édition, Tome II, Traduction par T. BAUMANN et P. GOULE, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1923, p. 2.

¹³¹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 132; J. O'BRIEN, op. cit., p. 66.

¹³² E. JENKS, op. cit., p. 1 et 2; R. FENTIMAN, "Domicile revisited", *Cambridge Law Journal*, 50 (3), November 1991, Printed in Great Britain, p. 447.

¹³³ E. JENKS, op. cit., p. 1 et 2.

¹³⁴ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 132.

¹³⁵ *Ibidem*.

*fonde son domicile*¹³⁶ et disposant, ensuite, dans son dernier paragraphe que: "*Le domicile est supprimé lorsque l'établissement est supprimé avec l'intention de l'abandonner*"¹³⁷.

Cette position est admise par les commentateurs du code civil allemand qui affirment que : "*La détermination du domicile, (...), implique, en dehors d'un état de fait matériel, l'intention de perpétuité et de stabilité. Cet élément ressort suffisamment, dans l'article 7, du fait de s'établir à demeure, exigé par le texte*"¹³⁸. Aussi affirme-t-on, que l'expression "à demeure" utilisée par l'article 7 du BGB, ne signifie pas la simple permanence de la résidence, mais aussi l'intention de stabilité¹³⁹.

Par ailleurs, une partie de la doctrine anglaise estime que la notion de domicile diffère de celle de *permenant home* (même si elle en sert de base), sur deux points au moins¹⁴⁰. D'abord, car les éléments requis pour l'acquisition d'un domicile dépassent ceux exigés pour le *permenant home*, en ce sens que le domicile exige l'intention d'y résider d'une manière permanente et indéfinie¹⁴¹. Ainsi, la personne qui réside pendant dix ans dans un pays, ne peut y acquérir de domicile, bien qu'elle y avait son foyer pendant une longue durée¹⁴².

Ensuite, les deux notions sont divergentes, dans la mesure où dans certains cas, la loi présume l'existence du domicile dans un pays, que la personne concernée y réside ou pas¹⁴³. C'est le cas de l'individu qui se déplace en permanence, ou bien de celui qui avait abandonné son domicile sans acquérir un autre¹⁴⁴. On peut donc conclure que, d'après cette partie de la doctrine, la notion

¹³⁶ La traduction du texte en français est extraite du Code Civil Allemand, traduit et annoté par: C. BUFNOIR, J CHALLAMEL, J DRIOUX, F GENY, P. HAMEL, H. LEVY-ULMANN, R. SALEILLES, Tome premier, Imprimé par ordre du gouvernement à l'Imprimerie Nationale, Paris, 1904-1914, p. 6.

¹³⁷ Ibid., p. 7.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ B. DE MAGALHAES, op. cit., p. 36.

¹⁴⁰ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 132.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Ibidem.

de *permanent home* peut être rapprochée de celle de la résidence habituelle. D'ailleurs certains auteurs rappellent que l'Union européenne utilise parfois le terme de "*résidence permanente*"¹⁴⁵.

51. Quant à la jurisprudence anglaise, celle-ci a exigé dans plusieurs cas, la réunion des deux critères matériel et moral lors de la détermination du domicile. Ainsi, dans l'affaire *Re Lloyd Evans, deceased, National Provincial Bank v Evans*¹⁴⁶, on a affirmé que la perte du domicile de choix (*domicile of choice*) entraîne la survie¹⁴⁷ du domicile d'origine (*domicile of origin*). Toutefois, le défunt n'est considéré avoir perdu son domicile de choix, que s'il l'aurait quitté avec l'intention de l'abandonner définitivement. Tant que le *de cuius* n'avait pas quitté son domicile, à la fois *animo* et *facto*, celui-ci subsistera¹⁴⁸.

¹⁴⁵ L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", article précité, p. 22.

¹⁴⁶ Chancery division, 8, 9, 1947, reported in *Weekly Notes*, August 9, 1947, p. 235; case review in *The International Quarterly*, Autumn, 1947, Vol. 1, No 3, pp 370 et 371. Dans les faits d'espèce, le défunt, Lloyd Evans, décédé en 1943, en laissant des biens en Angleterre et en Belgique. Plusieurs questions se sont posées lors de l'exécution de son testament établi en Angleterre, selon la loi anglaise. La principale question était relative à la détermination du domicile du testateur au moment de son décès. En effet, le *de cuius* était né à Carmarthen, avant d'aller vivre à Java. Après s'être marié à une femme de nationalité néerlandaise, il quittait Java pour passer quelques mois en Australie et en Californie avant de retourner en Angleterre. Après quelque temps passé aux pays bas, il était parti vivre à Bruxelles, où il avait créé une entreprise et acquis une résidence où il vivait avec sa femme et ses trois enfants. Au mois de Mai 1940, suite à l'invasion de la Belgique par l'armée allemande, il a été persuadé par sa femme de quitter Bruxelles. Il retourna ainsi en Angleterre, où il avait acquis trois appartements. Il y avait des preuves dans le dossier, qu'il n'avait pas l'intention de résider en Angleterre. D'ailleurs, il avait proposé d'aller en Australie ou en Afrique du Sud, jusqu'à ce que la guerre finisse, pour revenir vivre en Belgique. Son fils, capitaine Evans, avait entamé les procédures d'administration de sa succession en Belgique en soutenant que le défunt avait son domicile en Belgique. Alors que ses deux filles considéraient que le *de cuius* avait abandonné son domicile en Belgique.

¹⁴⁷ On note que la loi anglaise sur le domicile a connu plusieurs tentatives de réforme en proposant, entre autres, l'abolition de la survie du domicile d'origine en cas de perte du domicile de choix et la création de présomptions réfutables (*rebuttable presumptions*) sur le domicile de la personne. Voir: P. MCELEAVY, Regression and reform in the law of domicile, in *The International and Comparative Law Quarterly*, April 2007, Vol. 56, No. 2, p. 453, footnote n° 3; voir aussi: R. FENTIMAN, Domicile revisited, in *Cambridge Law Journal*, 50 (3), November 1991, Printed in Great Britain, p. 450 et p. 453: L'auteur évoque la question de l'abolition du domicile d'origine, bien qu'il affirme que la persistance et la survie du domicile d'origine est à la fois intelligible et défendable. Il propose ainsi le traitement prudent de cette survie au lieu de son abolition

¹⁴⁸ *The International Quarterly*, Autumn, 1947, Vol. 1, No 3, pp 370 et 371.

L'appréciation de cette intention de permanence et de stabilité (ou tout simplement de choix), obéit à la règle générale selon laquelle, l'intention est un élément de fait dont l'évaluation est soumise au pouvoir discrétionnaire du juge. Celui-ci déterminera l'existence de l'élément moral selon un ensemble d'indices et selon les circonstances de la vie du défunt. Aussi, affirme-t-on que toute la difficulté réside dans la détermination du moment de la perte du domicile d'origine et l'acquisition du premier domicile de choix¹⁴⁹.

Dans plusieurs affaires, les juges anglais ont écarté le domicile de choix en faveur du domicile d'origine du *de cuius* en se basant sur l'absence de l'élément intentionnel. C'est l'exemple des deux célèbres jugements émanant de *The House of Lords, Winans v Attorney-General*¹⁵⁰ et *Liverpool Royal Infirmary v Ramsay*¹⁵¹.

Dans la première affaire, le *House of Lords* a soutenu que le défunt, dont le domicile d'origine se trouve aux États-Unis, n'a pas acquis un domicile de choix en Angleterre, bien qu'il y avait résidé pendant 26 ans avant son décès. De même, dans la seconde affaire, le défunt ayant passé 35 ans en Angleterre avant son décès, tout en refusant de retourner en Écosse, même pour les funérailles de sa mère, n'a pas été jugé avoir un domicile de choix en Angleterre. Le *House of Lords* a unanimement considéré qu'il avait gardé son domicile d'origine en Écosse. La doctrine anglaise en a conclu, que la longue durée de résidence ne suffit pas, à elle seule, pour déduire l'existence du domicile dans un lieu donné. D'où la distinction principale entre la notion légale de "domicile" et la notion factuelle de "résidence habituelle"¹⁵².

Les commentateurs des deux jugements précités, considèrent que les solutions dans ces décisions se justifiaient pleinement. Dans les deux cas, les défunts étaient des "*résidents à long-terme atypiques*"¹⁵³. En effet, ils n'ont

¹⁴⁹ P. MCELEAVY, *Regression and reform in the law of domicile*, article précité, p. 455.

¹⁵⁰ HL 1904, AC 287.

¹⁵¹ 1930 SC (HL) 83.

¹⁵² P. MCELEAVY, "*Regression and reform in the law of domicile*", article précité, p. 456.

¹⁵³ P. MCELEAVY, "*Regression and reform in the law of domicile*", article précité, p. 456.

montré aucun signe d'intégration dans la société anglaise¹⁵⁴. Cette même position a été reprise dans des affaires ultérieures, non moins célèbres, telle que *Cyganik v Agulian*¹⁵⁵, dans lesquelles les juges avaient insisté sur la nécessité de prouver ainsi que de relever les éléments pertinents dans la détermination de l'existence d'un domicile de choix, pour pouvoir priver un individu de son domicile d'origine.

52. L'exigence de l'intention de permanence et de stabilité a aussi été manifestement exigée par une partie de la jurisprudence tunisienne (intervenant en matière de divorce international) qui, en vue de déterminer le domicile ne s'est pas contentée de la notion de la résidence habituelle figurant dans l'article 7 du CPCC. En effet, dans l'arrêt *Lamjed*¹⁵⁶, la Cour de cassation admet que " *le domicile réel est le lieu où on réside habituellement. Ce qui implique que la simple existence passagère d'une personne sur le territoire national ne permet pas de fonder la compétence des tribunaux tunisiens. Deux éléments doivent être*

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ 2006 (EWCA) Civ 129.

¹⁵⁶ Cass. Civ. n° 1467/2004 du 24 juin 2004, inédit (Annexe n°2). Cet arrêt se rapporte à une affaire de divorce. Mais son apport et son originalité résident dans la définition attribuée par la Cour Suprême à la notion de domicile. Dans les faits d'espèce, un Tunisien résidant à la ville de Sfax (Tunisie), a introduit une affaire de divorce pour préjudice devant le tribunal de première instance de Sfax, contre sa femme étrangère (de nationalité française) qui a quitté le domicile conjugal sis à Sfax pour aller vivre en France, en violant l'obligation légale de cohabitation. L'époux a été débouté en première instance et en appel, au motif de l'incompétence des tribunaux tunisiens de connaître de l'affaire, vu l'existence du domicile de l'épouse à l'étranger. Sa résidence sur le territoire tunisien n'était que provisoire. La Cour de cassation a été donc saisie de l'affaire. Elle a réduit les questions juridiques posées à celle de la détermination du domicile de l'épouse, afin de se prononcer sur l'applicabilité du code tunisien de droit international privé. Après avoir exigé la réunion des deux éléments matériel et moral, la Cour régulatrice s'est basée sur un faisceau d'indices permettant de délimiter les contours de la notion de domicile et avait déduit ainsi, que l'épouse avait indubitablement son domicile en Tunisie. Ces mêmes indices peuvent servir en matière successorale. Il s'agit entre autres, de l'achat d'une voiture avec exonération de la TVA, qui est un avantage fiscal qui ne peut être acquis qu'en cas de retour définitif en Tunisie. Par ailleurs, la femme avait déplacé toutes ses affaires au domicile conjugal (en constatant le transport de 97 colis). Le domicile conjugal est une villa louée par le mari avec toutes les commodités de vie. La femme a aussi obtenu une carte séjour en Tunisie, et s'est installée avec son mari et ses enfants dans ladite villa. Elle y a aussi lancé un projet commercial conjointement avec son époux. Leurs enfants étaient inscrits dans un jardin d'enfants à Sfax... Tous ces éléments démontraient l'intention de l'épouse de se stabiliser sur le territoire tunisien. La Cour de cassation en déduit donc la compétence des juridictions tunisiennes de connaître de cette affaire sur la base de l'article 3 du code de droit international privé.

réunis: l'élément matériel et l'élément moral. Le premier est constitué par la permanence de la résidence en Tunisie. Le second est défini comme étant l'intention de rester en Tunisie et en faire un domicile pour s'y stabiliser à titre permanent. Toutefois, la stabilité ne signifie pas la résidence sans interruption. La stabilité suppose la permanence constituant le caractère habituel même avec quelques interruptions"¹⁵⁷.

Cet arrêt est particulièrement critiquable, car il constitue un autre exemple de la jurisprudence tunisienne qui ne distingue pas entre les deux notions de domicile et de résidence. Dans cet arrêt aussi, la Cour de cassation alterne indifféremment entre les deux notions en en faisant des synonymes.

Néanmoins, quelque soit le terme utilisé, on est, au moins, certain que dans cet arrêt, la Haute juridiction tunisienne exige la réunion des conditions universellement admises par la doctrine pour la qualification du domicile. Ce qui est aussi critiquable, car cette position ne correspond pas à la lettre de l'article 7 du CPCC. En effet, en définissant le domicile, le législateur n'exige pas expressément (ni tacitement) l'intention de stabilité et de permanence, en faisant simplement référence au caractère habituel de la résidence. Ceci est vérifié dans les deux versions arabe¹⁵⁸ (faisant foi en Tunisie) et française dudit article.

B- La dernière résidence habituelle

53. Outre la distinction entre le domicile et la résidence, la doctrine distingue aussi entre le domicile et la résidence habituelle. Aussi, considère-t-on que la différence entre les deux notions était " *initialement ...très claire*"¹⁵⁹, en se

¹⁵⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 1467/2004 مؤرخ في 24 جوان 2004، غير منشور، تعرّف محكمة التعقيب المقر كما يلي: "وحيث أنّ المقر الأصلي أو الموطن العام هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة و معنى ذلك أن مجرد الوجود العابر لشخص ما على الإقليم الوطني لا ينعقد به الإختصاص للمحاكم التونسية بل يجب أن يتوفر في الإقامة عنصران و هما العنصر المادي و العنصر المعنوي. فالأول يتمثل في الإقامة بتونس على وجه الإستمرار. و الثاني فهو يتمثل في نية البقاء بتونس و اتخاذها مقرا و مستقرا على وجه الإستمرار. و الإستقرار لا يعني الإقامة بدون انقطاع و إنما المراد منه هو الإستمرار الذي يتحقق به الإعتياد و لو تخلله بعض الإنقطاع".

(Cass. civ, n°1467/2004, du 24 juin 2004, inédit, v. Annexe n°2).

¹⁵⁸ يعرف الفصل 7 م م م ت المقر كما يلي: "المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة".

¹⁵⁹ L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", article précité, p. 25.

basant sur l'une des résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁶⁰ "aux termes de laquelle le domicile implique un lien volontaire entre un individu et un État d'établissement prépondérant, tandis que la résidence habituelle est déterminée objectivement et selon des critères de fait tenant à la durée de l'établissement"¹⁶¹.

Certains auteurs évoquent même la "dénomination du domicile par la résidence habituelle"¹⁶², ou encore de la "résidence habituelle, nouveau domicile"¹⁶³. Par ailleurs, on affirme qu'il ne peut s'agir d'un "phénomène durable"¹⁶⁴. Toutefois, en matière successorale, du moins en droit tunisien, la confusion entre les deux notions de domicile et de résidence habituelle est bien plus qu'un *phénomène durable*, c'est la règle même. En effet, on a démontré précédemment, que le législateur tunisien consacre réellement et effectivement le critère de la dernière résidence habituelle du défunt pour asseoir sa compétence internationale ainsi que pour déterminer la loi applicable.

54. Pour le droit anglais, la notion de dernière résidence habituelle tend à acquérir la préférence de la doctrine anglaise. D'ailleurs, on affirme que les systèmes consacrant le "*principe domiciliaire doivent aujourd'hui penser la coexistence*"¹⁶⁵ des deux rattachements du domicile et de la résidence habituelle¹⁶⁶. A cet égard, on rappelle qu'avant de quitter l'Union européenne, l'Angleterre était partie à certaines conventions et règlements européens (dont le Bruxelles I et Lugano). Ces textes européens consacrent le critère de la résidence habituelle. Ainsi, la notion de *Habitual residence* n'est pas étrangère au système

¹⁶⁰ Résolution (72) 1 relative à l'unification des concepts juridiques de "domicile" et de "résidence", adoptée par le Comité des Ministres le 18 janvier 1972, lors de la 206ème réunion des Délégués des Ministres.

¹⁶¹ L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", article précité, p. 25.

¹⁶² L. D'Avout, La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle, article précité, p. 29.

¹⁶³ P. Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, article précité; Le titre même de l'article est révélateur.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", article précité, p. 25.

¹⁶⁶ Ibidem.

anglais. Mais, il faut toujours rappeler, que le Royaume Uni n'a pas adhéré au Règlement européen sur les successions internationales. Toutefois, l'examen de la résidence habituelle, telle que conçue en droit anglais, est très important dans le cadre de cette étude comparée, même si ce critère est utilisé dans des cas autres que la matière successorale.

Une partie de la doctrine rappelle qu'en vue de déterminer la notion de la résidence habituelle, les tribunaux anglais réitèrent le principe selon lequel les termes gardent la même signification sauf si la loi (ou le règlement) en prévoit expressément le contraire¹⁶⁷. Cette règle s'applique aussi bien pour la détermination de la juridiction compétente que pour la loi applicable¹⁶⁸.

Cette même doctrine affirme aussi que l'étude de la jurisprudence anglaise a montré que cette règle n'est pas réellement respectée et que les tribunaux font souvent référence aux finalités du règlement pour la détermination de la résidence habituelle¹⁶⁹.

55. Cette finalité sera certainement recherchée dans le cadre du Règlement sur les successions internationales qui a opté pour le critère de la dernière résidence habituelle. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation française rappelle qu'il s'agit d'une notion autonome du droit communautaire, qui *"doit s'entendre de façon uniforme dans les différents États membres et non selon la conception interne de chacun de ces États"*¹⁷⁰. Elle ajoute que *"cela ne signifie pas qu'elle doive recevoir une définition identique dans toutes les matières concernées ; que cette notion doit au contraire être interprétée dans chaque matière selon la fonction que lui attribue le texte qui s'y réfère"*¹⁷¹. Il s'ensuit, que le juge doit opérer au cas pour cas pour la détermination de la résidence habituelle. Certains auteurs affirment qu'il *"n'est pas possible de s'inspirer, en*

¹⁶⁷ P. REGERSON, "Habitual Residence: The New Domicile?", *The International Comparative Law Quarterly*, Jan., 2000, Vol. 49, No. 1, p. 87.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Civ. 1ère, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, *Bull.* n°506; commentée par: I. GALLMAISTER, *Recueil Dalloz 2006*, p. 12; P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, *Recueil Dalloz 2006*, p. 1495; S. DAVID, *AJ Famille 2006*, p. 161.

¹⁷¹ Ibidem.

matière successorale, des définitions données par les juridictions nationales et européennes en matière de contrat, de divorce ou de responsabilité parentale"¹⁷². Ce qui est assez logique, vu que les circonstances ainsi que les éléments de chaque cas diffèrent d'une matière à une autre. C'est pourquoi une partie de la doctrine française ne cesse de faire appel à la Cour de justice de l'Union Européenne (la CJUE) pour intervenir afin de formuler une définition uniforme de la notion de résidence habituelle spécifique à la matière successorale¹⁷³ comme c'est le cas pour d'autres instruments européens¹⁷⁴.

Toutefois, certains auteurs considèrent que les décisions de la CJUE élaborant une définition spécifique au règlement en question ne doit pas conduire à conclure *"hâtivement de ces décisions une conception fonctionnelle de la résidence habituelle dans les textes européens"*¹⁷⁵. Ils ajoutent que *"dans tous les cas, la notion reste la même, c'est toujours globalement le lieu du centre de vie de l'intéressé, mais, pour déterminer ce lieu, il faut prendre en considération des éléments de fait qui varient avec chaque type des situation, selon qu'il s'agit d'un enfant, d'un adulte, d'un couple ou d'une personne décédée"*¹⁷⁶.

56. A l'instar des règlements précédents, le texte européen ne définit pas ce rattachement. La doctrine rappelle que cela fait partie des choix du législateur européen de ne pas définir la notion de la dernière résidence habituelle (ou tout simplement de la résidence habituelle), pour éviter la rigidité des concepts du domicile et de la nationalité¹⁷⁷. En effet, il était jugé qu'il était plus avantageux de soumettre la détermination de la résidence habituelle à la libre appréciation des

¹⁷² L. PERREAU-SAUSSINE, *JCP* 2019, Edition Générale, p. 926.

¹⁷³ E. FONGARO, "Détermination de la juridiction compétente en cas de résidence "alternée" du défunt", *RCDIP*, 2020/1, N°1, p. 112.

¹⁷⁴ Affaire *Silvana di Paolo contre Office national de l'emploi*: CJCE 17 février 1977, C-76/76; affaire *Rigsadvokaten contre Nicolai Christian Ryborg*: CJCE 23 avril 1991, C-297/89. La première affaire est rendue en matière de droit de travail, la seconde est en matière fiscale. Dans les deux affaires, la CJUE définit la résidence habituelle comme celle ayant un caractère stable et constituant le contre permanent ou habituel des intérêts de l'intéressé.

¹⁷⁵ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, 2012/4, n°4, p. 699.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ P. ROGERSON, "Habitual Residence: The New Domicile?", article précité, p. 87; L. D'AVOUT, "La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", article précité, p. 25.

juges du fond qui prendront en considération les circonstances et indices de chaque affaire¹⁷⁸. Ce sont les mêmes raisons qui justifient la pratique jurisprudentielle anglaise précédemment présentée.

Toutefois, le préambule donne quelques indications (jugées "*très vagues*"¹⁷⁹) sur la notion de *la dernière résidence habituelle* dans les considérants 23 et 24. Ces considérants guident les autorités compétentes à prendre en compte certains éléments servant d'indices pour la détermination de la dernière résidence habituelle d'un individu. Il s'agit de "*l'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence*"¹⁸⁰. Le même considérant précise aussi¹⁸¹ que la résidence habituelle du *de cuius* doit "*révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement*".

Par ailleurs, on retrouve dans le considérant 24 du Règlement, la notion de "*domicile d'origine*" consacrée en droit anglais. En effet, le législateur européen tient compte de certains cas où la détermination de la résidence habituelle pourrait s'avérer "*complexe*". C'est le cas notamment "*lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine*"¹⁸². Tenant compte des circonstances spécifiques à chaque espèce, le défunt pourrait être considéré comme ayant gardé son domicile d'origine.

Le même considérant 24 traite aussi du cas "*complexe*" de la résidence alternée du *de cuius*. Aussi prévoit il, que "*si le défunt était ressortissant de l'un*

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", article précité, p. 700.

¹⁸⁰ Le considérant 23 du Règlement.

¹⁸¹ A l'instar de plusieurs autres règlements européens et tel que souvent rappelé par la jurisprudence européenne (entre autre la jurisprudence anglaise avant le *Brexit*).

¹⁸² Le considérant 24 du Règlement.

des États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ses biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait".

57. Ce cas particulier de la résidence alternée a fait l'objet de deux affaires: l'arrêt constituant la première décision de la Cour de cassation française mettant en œuvre le Règlement européen sur les successions¹⁸³ et l'affaire très médiatisée de *Johnny Halliday*¹⁸⁴.

58. En l'espèce du premier arrêt, le *de cujus*, de nationalité américaine, alternait sa résidence entre les États-Unis et la France. Il était décédé aux États-Unis après avoir établi un testament exhérédant l'une de ses trois enfants. Celle-ci avait donc saisi les juridictions françaises pour reprendre son droit à la réserve héréditaire, en soutenant que son père y avait sa dernière résidence habituelle. Elle a ensuite entamé un pourvoi en cassation après avoir été déboutée par la Cour d'appel de Paris qui s'est déclarée incompétente de connaître du litige successoral. La Cour de cassation devait donc répondre à certaines questions dont l'une est relative à la détermination de la dernière résidence habituelle du défunt.

Certains auteurs estiment que cet arrêt est "*un véritable guide de bonne pratique à destination des juges du fond*"¹⁸⁵. En effet, la Cour de cassation commence par écarter les dispositions de l'article 23 en constatant que la durée de séjour du défunt dans l'un ou l'autre des deux pays ne peut être tranchante quant à la détermination de sa dernière résidence habituelle. Sans prendre en considération les autres indices du considérant 23, elle approuve la position de la Cour d'appel ayant directement eu recours au considérant 24 en tenant compte de

¹⁸³ Civ. 1ère, 29 mai 2019, n°18-13.383; notes et obs.: J. GILLAUME, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1376; S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER, *Recueil Dalloz* 2019, p. 2216; A. BOICHE, *AJ Famille* 2019, p. 476; C. NOURISSAT, *Defrénois* 2019, n°36, p. 33; A. GOSELIN-GORAND, *LEFP*, juillet 2019, n°07, p.7; E. FONGARO, *Rev. Crit. DIP* 2020/1, janvier-mars 2020, p. 107.

¹⁸⁴ TGI Nanterre, ord., 28 mai 2019, n° 18/01502; *Defrénois* 2019, n° 36, p. 33, note C. NOURISSAT; *Recueil Dalloz* 2019, p. 2216 et suiv., note S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER.

¹⁸⁵ C. NOURISSAT, "Dernière résidence habituelle du défunt: premier arrêt de la Cour de cassation", article précité, p. 34.

la nationalité américaine du *de cuius* et de l'existence de la totalité de ses biens aux États-Unis (l'immeuble sis en France étant au nom des défendeurs). En outre, la Cour de cassation approuve le recours de la Cour d'appel à la méthode de faisceau d'indices¹⁸⁶ consistant à s'appuyer sur d'autres éléments et circonstances de la vie du défunt pour déclarer les juridictions françaises incompétentes de connaître du litige en question (tel que le lieu de sa naissance, de son décès et de son enterrement, le lieu de ses intérêts professionnels et familiaux, lieu de son domicile fiscal, lieu de l'établissement de son testament...). A cet égard, certains commentateurs de l'arrêt, considèrent que la Cour d'appel a mis en œuvre des éléments qui n'ont aucun lien avec le concept de résidence, tel que la nationalité du défunt, le lieu de sa naissance, la localisation de ses biens¹⁸⁷, etc. Mais en réalité, en s'appuyant sur la nationalité ou sur la localisation des biens, la Cour n'a fait qu'appliquer le considérant 24 du Règlement. D'où la critique qui a été adressée audit considérant, puisqu'il est de nature à réduire la question de la détermination de la résidence habituelle à la simple recherche des liens les plus étroits du défunt avec l'un ou l'autre des États¹⁸⁸.

D'autres commentateurs dudit arrêt, estiment que le recours par les juges du fond (appuyés par la Cour de cassation) à certains éléments subjectifs, tel que l'introduction du défunt de son souhait d'être enterré à New York, peut bien servir de "*piste à retenir dans une logique d'anticipation en ce que, dans un testament, l'expression d'une telle volonté pourra participer ultérieurement à la détermination de la loi objectivement applicable en cas de discussion*"¹⁸⁹.

59. Par contre, dans l'affaire *Johnny Halliday* le tribunal rappelle les deux considérants 23 et 24 du Règlement mais n'en retient que le premier. Il affirme qu'"après évaluation d'ensemble des circonstances de la vie de Johnny Hallyday

¹⁸⁶ C. NOURISSAT, "Dernière résidence habituelle du défunt: premier arrêt de la Cour de cassation", *Defrénois*, 5 septembre 2019, n°36, p. 34; E. Fongaro, "Détermination de la juridiction compétente en cas de résidence "alternée" du défunt", *RCDIP*, 2020/1, N°1, p. 113.

¹⁸⁷ S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER, "Droit patrimonial de la famille interne et international", *Recueil Dalloz* 2019, p. 2216.

¹⁸⁸ Ibidem, E. FONGARO, "Détermination de la juridiction compétente en cas de résidence "alternée" du défunt", article précité, p. 116.

¹⁸⁹ C. NOURISSAT, "Dernière résidence habituelle du défunt: premier arrêt de la Cour de cassation", article précité, p. 34.

au cours des années précédant son décès et au moment de son décès", il n'en retient que les "éléments pertinents" prévus dans le considérant 23 à savoir: "la durée et la régularité de la présence du chanteur en France ainsi que les conditions et les raisons de cette présence". Le tribunal ajoute que par conséquent, il n'y a pas lieu de considérer que le défunt alternait sa résidence entre deux États pour écarter ensuite le considérant 24 en précisant que les critères du dernier considérant (la nationalité et le lieu de situation des principaux biens successoraux) n'auraient pas pu aboutir à déduire la solution contraire (dernière résidence habituelle aux États-Unis). Johnny Hallyday avait sa dernière résidence habituelle en France, d'où la compétence des tribunaux français de connaître de sa succession.

60. Le critère de la dernière résidence habituelle, tel que consacré par le Règlement, est inspiré de la convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort¹⁹⁰. Cette convention avait opéré un "compromis entre la loi nationale et la loi du domicile"¹⁹¹. En effet, elle combine les deux critères en prévoyant que la loi applicable à la succession est celle qui est à la fois de sa nationalité et de sa résidence habituelle¹⁹². Cependant, dans les cas où cette coïncidence entre la loi nationale et celle du dernier domicile ne se réalise pas, ladite convention introduit un autre élément, celui de la durée de résidence. Ainsi, est considérée résidence habituelle, l'État autre que celui de la nationalité dans lequel le défunt y avait résidé durant cinq années. La loi applicable est dans ce cas, celle de l'État de la dernière résidence habituelle¹⁹³.

¹⁹⁰ P. LAGARDE, "Présentation du règlement sur les successions", in *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 04 juillet 2012*, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 11.

¹⁹¹ P. LAGARDE, "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions", *RCDIP*, 78 (2) avril-juin, 1989, p.250.

¹⁹² L'article 3 alinéa 1 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: "1. La succession est régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de cet État".

¹⁹³ L'article 3 alinéa 2 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: " La succession est également régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, s'il avait résidé dans cet État pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, si le

Dans les autres cas, c'est-à-dire si la loi nationale et celle de la dernière résidence habituelle ne coïncident pas ou si le défunt n'avait pas résidé dans le même État durant cinq années entières, c'est la loi de l'État de sa nationalité au moment de son décès qui s'applique¹⁹⁴.

Le critère de la résidence habituelle est aussi consacré dans la plupart des conventions de La Haye¹⁹⁵ ainsi que dans nombreux instruments européens¹⁹⁶. Selon certains auteurs, la consécration de ce critère à l'échelle internationale constitue une "*fuite devant l'insurmontable diversité des définitions du domicile*"¹⁹⁷. Bien qu'ils estiment que le choix de la résidence habituelle a cessé de se justifier par l'idée de "*compromis*" ou de "*concessions*", pour s'affirmer en tant que choix voulu et délibéré dans les conférences de La Haye pour son caractère pragmatique en tant que notion de fait¹⁹⁸.

Contrairement au choix opéré dans la convention de La Haye de 1989, le Règlement a écarté la loi nationale en gardant uniquement la loi de *la dernière résidence habituelle*. Cette dernière est considérée comme étant la loi du "*centre-vie*" du *de cuius*¹⁹⁹, expression empruntée au secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé²⁰⁰.

défunt avait au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'État dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet État est applicable".

¹⁹⁴ L'article 3 alinéa 3 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'État dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre État, auquel cas la loi de cet autre État est applicable*".

¹⁹⁵ Comme par exemple: la convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ou la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁹⁶ Comme par exemple le Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ou le Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), ou encore le Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale.

¹⁹⁷ A. RICHEZ-PONS, op. cit., p. 70.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ P. LAGARDE, "Présentation du règlement...", article précité, p.11.

²⁰⁰ G. DROZ, "La codification du droit international privé des successions: perspectives nouvelles", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1966-1969, p.323.

61. Le législateur européen consacre le critère *de la dernière résidence habituelle* en écartant la notion de *domicile*. Ceci s'explique par la volonté de limiter les divergences entre les pays de droit civil et les pays de *Common Law*²⁰¹. En effet, elle est "*plus adaptée que celle du domicile à une interprétation uniforme, autonome du droit des États membres de l'UE*"²⁰². D'ailleurs, une partie de la doctrine anglaise²⁰³ affirme que, contrairement à la résidence habituelle, le domicile présente l'inconvénient d'être une notion unitaire et rigide avec un contenu invariable quelle que soit la matière dans laquelle il intervient²⁰⁴.

Par ailleurs, la difficulté et la faiblesse potentielle de la notion de domicile réside, en droit anglais, dans l'impératif de respecter une certaine chronologie lors de l'investigation du domicile²⁰⁵. En effet, il y a lieu tout d'abord, de déterminer le domicile d'origine, avant de procéder à l'évaluation de la vie et de l'état d'esprit de la personne afin de déterminer la date à partir de laquelle le domicile doit être identifié²⁰⁶. De plus, outre les critiques adressées au cadre légal anglais régissant le domicile, cette notion n'est pas assez claire et présente plusieurs ambiguïtés. Celles-ci sont surtout liées au degré de permanence qui doit être pris en compte et qui doit être déduit d'un certain nombre d'indices, dont notamment, la durée nécessaire d'établissement dans un lieu bien déterminé, pour pouvoir conclure le rattachement de la personne à un domicile particulier²⁰⁷. On rappelle que certains systèmes juridiques comme le droit français, ne prennent pas en considération les déplacements ou le lieu réel de vie de la personne²⁰⁸.

²⁰¹ G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", in *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 04 juillet 2012*, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 50; Lagarde (P.), Présentation du règlement..., article précité, p.11.

²⁰² A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit., p. 309.

²⁰³ En rappelant que la Grande Bretagne faisait partie de l'Union Européenne jusqu'à 2019.

²⁰⁴ P. MCELEAVY, "Regression and reform in the law of domicile", article précité, p. 454.

²⁰⁵ Ibidem; V. aussi: J. O'BRIEN, op. cit., p. 66, spécialement la note de bas de page n° 9.

²⁰⁶ P. MCELEAVY, "Regression and reform in the law of domicile", article précité, p. 454.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable...", article précité, p. 50.

62. Les commentateurs du Règlement rappellent les avantages du critère de *la dernière résidence habituelle*²⁰⁹. Ceux-ci se résument dans l'idée de proximité et de l'existence de tous les centres d'intérêts tant personnels que professionnels dans ce lieu. Sans oublier la coïncidence avec le domicile fiscal afin de déterminer l'assujettissement à l'impôt sur les successions et éviter ainsi la double imposition. Bien que cette coïncidence ne soit pas garantie vu que les éléments d'appréciation de la résidence habituelle en matière de succession internationale peuvent différer de ceux du domicile fiscal. En somme, il est le critère le plus réaliste. C'est aussi toute l'idée qui a fondé la consécration du législateur tunisien du critère du *dernier domicile* du défunt en matière de loi applicable aux successions internationales.

Ce critère présente un autre avantage lié à la coïncidence de la loi successorale avec celle du régime matrimonial qui est souvent régi par la résidence habituelle commune des époux²¹⁰. C'est d'ailleurs le critère consacré par le Règlement européen sur les régimes matrimoniaux²¹¹. A noter que l'article 26 dudit règlement consacre le rattachement de *la première résidence habituelle des époux après la célébration du mariage* ce qui est de nature à rompre avec la coïncidence entre la loi successorale et celle applicable au régime matrimonial.

II- Le critère de la nationalité

63. La nationalité est généralement définie comme étant : "*l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État*"²¹². Ce critère relève de la doctrine de personnalisme à "*fondement publiciste*" mais ayant "*des conséquences directes dans le domaine du droit privé*"²¹³. A ce

²⁰⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit des successions*, article précité, p. 309.

²¹⁰ Ibid, p. 311.

²¹¹ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

²¹² P. LAGARDE, "Nationalité", *Répertoire de droit civil*, juin 2013, n°2.

²¹³ B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité, cours général", 2001, *RCADI*, Tome 305, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2004, p. 191.

fondement juridique et publiciste, s'ajoute un autre considérant que la nationalité doit déterminer le statut de la personne, vu qu'elle constitue aussi un lien psychologique entre l'individu et l'État²¹⁴. Il s'ensuit que la nationalité est multifonctionnelle avec des rôles d'ordres public et privé, interne et international²¹⁵. C'est donc la nationalité ayant pour rôle la détermination de la compétence internationale et de la loi applicable qui sera retenue dans cette étude de droit comparé.

64. C'est au XIX^{ème} siècle que le système de la personnalité des lois a été formulé par MANCINI, appelé le prophète du principe de la nationalité²¹⁶, en "*réaction complète contre la territorialité*"²¹⁷. De ce fait, c'est la loi nationale qui doit régir le statut personnel dont les rapports successoraux²¹⁸. Aussi, affirme-t-on que "*tout de suite les deux théories - celle du domicile et celle de la nationalité - sont devenues, (...) la ligne séparatrice entre les auteurs et entre les législations*"²¹⁹.

Le critère de la nationalité est adopté par la plupart des pays arabes comme l'Égypte²²⁰, la Syrie²²¹, la Lybie²²², l'Algérie²²³ et l'Irak²²⁴, ainsi que dans certains pays européens avant l'entrée en vigueur du Règlement, comme l'Italie, la Grèce, l'Espagne et l'Allemagne.

La nationalité fut pendant longtemps, le rattachement adopté par le droit international privé tunisien avant même la promulgation du code de droit

²¹⁴ Ibid., p. 192.

²¹⁵ K. MOJAK, *L'avenir de la nationalité en droit international privé*, Thèse de doctorat de droit privé, présentée et soutenue publiquement le 7 octobre 2016, Université Paris Descartes, p. 14.

²¹⁶ L. I. DE WINTER, "Nationality or Domicile?", article précité, p. 349.

²¹⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome I, 8^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, p. 372.

²¹⁸ B. DE MAGALHAES, op. cit., p. 11.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Article 1/17 du code civil égyptien

الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، محاضرات في القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث: في تنازع القوانين جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960، ص 276.

²²¹ Article 1/18 du code civil syrien

²²² Article 1/17 du code civil libyen

²²³ Article 16 du code civil algérien

²²⁴ Article 22 du code civil irakien

international privé. En effet, une partie de la doctrine considérait que la nationalité est le rattachement " *le plus rationnel*"²²⁵. Cette position s'appuyait sur l'exposé de BARTIN dans ses *Principes de Droit International privé*²²⁶. Ce dernier part de "la détermination du but, de la raison d'être" de l'institution en droit interne pour arriver à la désignation de la loi applicable. Il s'agit de classer la matière de la succession *ab intestat* parmi les institutions de droit privé à savoir : statut personnel, droit réel, obligations et contrats. Ainsi, "les successions ne sont pas autre chose en droit interne qu'un effet de la parenté"²²⁷. De ce fait, le droit successoral doit être régi, en droit international privé par "la loi qui protège la famille, qui régit la parenté et en détermine les effets, à savoir la loi nationale"²²⁸.

D'autres auteurs, voient dans la nationalité un critère assurant la stabilité et la certitude juridique, puisqu'il est certainement plus aisé de déterminer la nationalité d'une personne que de fixer son dernier domicile²²⁹.

En outre, pour les adeptes de la théorie universaliste, la loi nationale serait la mieux placée pour régir le rapport successoral international. Elle permet d'éviter la multiplicité des masses successorales et permet de traiter la succession comme une unité. Ils considèrent aussi qu'en interprétant la volonté tacite du *de cuius*, " la loi nationale du *de cuius* est évidemment la plus qualifiée pour se livrer à cette œuvre de psychologie, pour connaître l'ordre naturel des affections du défunt et ses désirs quant à la dévolution du patrimoine"²³⁰.

Ce dernier argument est critiquable, puisque dans la majorité des cas, l'individu n'effectue pas le choix d'être le national d'un État donné. Les cas de l'acquisition ou de la déchéance de la nationalité restent exceptionnels et soumis à plusieurs conditions. En outre, il est plus aisé de changer de domicile (ou de

²²⁵ R. SLAMA, *Conflits de lois relatifs aux successions ab intestat en Tunisie*, Les éditions Domat-Monchrestien, Paris, 1935, p. 8.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ R. SLAMA, op. cit., p9.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ A. BEN KHAMMASSI, "Art.54 (1) of the tunisian code of private international law : the mysterious article 54 (1)", *Yearbook of Private International Law*, Vol. VIII, 2006, p. 422.

²³⁰ R. SLAMA, op. cit., p11.

résidence habituelle), que de changer de nationalité. Généralement la nationalité est attribuée par filiation, dès la naissance et demeure tout au long de la vie de l'individu. Dans plusieurs autres cas, une autre nationalité peut être acquise, sans nécessairement perdre la nationalité attribuée. Peut on ainsi déduire la volonté de soumettre sa succession à la nationalité récemment acquise? Certainement pas. D'ailleurs, en prenant le cas de plusieurs jeunes tunisiens qui partent travailler en Europe, ceux-ci acquièrent la nationalité de l'un des pays européens essentiellement pour des raisons professionnelles, et pour la facilité de déplacement et d'établissement (éviter notamment les contraintes du visa et de la carte de séjour).

65. Avant la promulgation du code de DIP, la succession internationale était régie par le décret de 1956 qui plaçait la matière successorale dans la catégorie de statut personnel. Ce décret prévoyait une règle de conflit de lois en la matière soumettant la succession exclusivement à la loi nationale. Par ailleurs, selon ledit décret, la mise en œuvre du critère de la nationalité s'opérait par référence tantôt à la personne du *de cuius*, tantôt à celles des héritiers.

Le décret de 1956 a ensuite été abrogé par la loi de 1998 portant promulgation du code de droit international privé tunisien. Ce code a profondément modifié le régime juridique des successions internationales. Le rattachement à la loi nationale a été maintenu pour la détermination de la loi applicable mais sans qu'il ne préserve l'exclusivité. En effet, l'article 54 dispose que : "*la succession est soumise à la loi interne de l'État dont le de cuius a la nationalité au moment du décès (...)*". Étant cité en premier lieu, on peut conclure que le critère de la nationalité bénéficie d'une certaine prééminence²³¹. D'ailleurs, dans le projet du code de DIP, l'article 58 régissant initialement les successions internationales ne prévoyait que la loi nationale comme élément de rattachement.

La règle de l'article 54 est aussi en harmonie avec celle de l'article 39 du code de DIP soumettant le statut personnel au droit national de l'intéressé.

²³¹ A. BEN KHAMMASSI, "Art.54 (1) of the tunisian code of private international law : the mysterious article 54 (1)", *Yearbook of private international law*, vol VIII, 2006, p. 421 and following.

Pareillement pour le législateur européen, le Règlement consacre le critère de la résidence habituelle en tant que rattachement de principe, et donne aussi une place à la nationalité. Mais celle-ci n'est opérationnelle que dans le cadre d'une *professio juris*. Contrairement au droit anglais qui ne consacre pas le rattachement de la nationalité en matière successorale.

66. Le principe de la nationalité présente plusieurs difficultés, auxquelles le législateur tunisien n'avait pas prévu de solutions expresses. Il s'agit des cas des apatrides, des réfugiés, des multinationaux, ou encore des ressortissants des États regroupant des systèmes juridiques divergents. L'article 54 siège de la loi applicable précise que doit être appliquée "*la loi interne de l'État dont le de cujus a la nationalité au moment du décès*". Mais si au moment du décès, le défunt ne portait aucune nationalité ou qu'il était multinational, quelle loi devrait on appliquer?

Dans le cadre de la *professio juris*, le Règlement dispose que dans le cas où une personne est multinationale, le choix peut porter sur la loi de tout État dont elle possède la nationalité (au moment du choix ou au moment du décès)²³². Peut on s'en inspirer en droit tunisien et admettre la possibilité d'appliquer indifféremment la loi nationale appartenant à l'un ou l'autre des systèmes juridiques lorsque le défunt est multinational?

La pratique jurisprudentielle tunisienne prévoit littéralement le contraire. En effet, dans l'un des arrêts de la Cour d'appel de Tunis (affaire *Zeinal Z*)²³³, au lieu de choisir l'une des deux lois nationales du défunt, les juges de fond considèrent que la double nationalité constitue un obstacle juridique à la détermination de la loi applicable à la succession. Ils choisissent de ce fait d'écarter le critère de la nationalité et d'appliquer celui du dernier domicile du défunt sous le "prétexte" qu'il ne présente aucune difficulté quant à la désignation

²³² Article 22 paragraphe 2 du Règlement.

²³³ Cour d'appel de Tunis, arrêt n° 47138 du 29 mai 2007, inédit (V. Annexe n°3).

"و حيث أن عنصرى الإسناد المتعلقين بقانون الدولة التى يحمل المتوفى جنسيتها أو قانون الدولة التى ترك فيها أملاكها لا يمكنان من تحديد القانون المنطبق على النزاع الحالى ضرورة أنه من الثابت أن المتوفى كان يحمل على الأقل الجنسية الإيرانية والسويسرية حسبما تفيد الوثائق المظروفة بالملف و بالتالى فلا يمكن تطبيق قانونين مختلفين لحل مسألة تنازع القوانين..."

de la loi applicable grâce à son unicité²³⁴. Le même traitement a été aussi réservé au critère de la *lex rei sitae*. En réalité, cette position s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence particulière qui cherchait à mettre en œuvre le critère assurant la désignation de la loi tunisienne applicable au rapport successoral.

Dans le même sens, il est légitime de penser que la jurisprudence tunisienne adopterait la même position au cas où le défunt serait un apatride qui résidait sur le territoire tunisien, et qu'il ne possédait aucun bien situé en Tunisie.

Paragraphe deuxième: Le rattachement réel

67. Par rattachement réel, on désigne le lieu de situation du bien, qu'il soit meuble ou immeuble.

Puisque la succession *ab intestat* est à mi-chemin entre le statut réel et le statut personnel, le législateur tunisien n'a pas été insensible à cette complexité de nature. C'est ainsi qu'il a choisi d'adopter, dans le cadre de la compétence internationale et de la loi applicable à la succession, ce qu'on pourrait appeler la conception mixte, à travers la consécration simultanée des deux systèmes personnaliste et territorialiste.

Le rattachement territorial a été admis en droit international privé français avant l'entrée en vigueur du Règlement. Il a été repris par le législateur européen, non pas comme rattachement de principe, mais en tant que règle subsidiaire de la compétence internationale et sous certaines conditions.

Cependant, ledit rattachement est toujours consacré en droit tunisien et en droit anglais pour déterminer à la fois la compétence internationale ainsi que la loi applicable, avec des différences de mise en œuvre.

68. Pour une partie de la doctrine, les rattachements personnels (la loi nationale et celle du dernier domicile du *de cuius*) sont "*plus ou moins*

²³⁴ Ibidem.

"وحيث أن عنصر الإسناد المتعلق بقانون دولة آخر مقر للمتوفى هو واحد و لا يثير أي إشكال في إمكانية تحديد القانون المنطبق ضرورة أن آخر مقر للمتوفى كائن بالبلاد التونسية".

artificiels ²³⁵. Contrairement au critère de la situation des biens, qui présente des intérêts certains. Il a fait pendant longtemps *tendance* ²³⁶ et a été considéré comme l'élément de rattachement successoral le *plus naturel* ²³⁷.

D'abord, à comparer avec les autres critères, le lieu de situation du bien présente plus d'objectivité et de réalisme ²³⁸. En effet, l'État sur le territoire duquel se trouve le bien, est le plus concerné par sa transmission ²³⁹. Ceci est dû à l'aspect patrimonial de la transmission des biens successoraux ²⁴⁰.

Ensuite, dans le cadre des conflits de lois successorales, la *lex situs* assure l'efficacité du règlement des créances successorales, vu qu'il suppose l'intervention de certains actes judiciaires. C'est ainsi que *"l'imperium" du juge ne paraît s'exercer utilement que là où se trouve le bien* ²⁴¹.

Par ailleurs, *"une application générale de la loi de situation du bien, soit mobilier ou immobilier évitera le problème toujours délicat de la classification ou qualification du bien"* ²⁴². En effet, la qualification du bien en meuble ou immeuble est soumise à la compétence de la *lex situs*. Cette règle est adoptée par la majorité des systèmes juridiques ²⁴³. C'est ainsi que, pour une grande partie de la doctrine, *"aucune autre loi que la loi du lieu de situation ne possède une compétence concurrente à cette dernière pour déterminer la nature du bien"* ²⁴⁴.

²³⁵ F. BOULANGER, *Les successions internationales, problèmes contemporains*, *Economica*, 1981, p. 30., p.29.

²³⁶ F. BOULANGER, *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Thèse, Paris, 1964, p.18.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ P. LALIVE, "Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général de droit international privé)", *RCADI*. 1977, t. 155, p. 351.

²³⁹ W. L. M. REESE, "General course of private international law", *RCADI.*, 1976, t. 150, p. 55.

²⁴⁰ F. BOULANGER, Thèse, op. cit., p. 29.

²⁴¹ Ibid., p. 30.

²⁴² F. BOULANGER, op. cit., p.30.

²⁴³ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 4th edition, 2019, p. 279.

²⁴⁴ R. BOUKHARI, article précité, p. 19.

En droit tunisien, la même règle est consacrée dans l'article 57 du code de DIP²⁴⁵.

69. Concernant la compétence internationale, le rattachement territorial est jugé par certains auteurs comme étant le critère le plus adéquat pour la détermination du tribunal compétent pour connaître de la succession immobilière²⁴⁶. Cette règle est particulièrement avantageuse dans les systèmes juridiques qui se préservent la compétence exclusive pour connaître des actions portant sur les immeubles, à l'instar du droit tunisien et du droit anglais. Cependant, le droit tunisien présente en matière de compétence exclusive immobilière certaines difficultés qui seront débattues dans le cadre de la mise en œuvre des rattachements.

En outre, on considère que le lieu de situation de l'immeuble est un rattachement objectif issu du principe de proximité²⁴⁷ selon lequel, la compétence juridictionnelle est attribuée vu le rapprochement de l'immeuble du tribunal.

Par ailleurs, les immeubles se caractérisent depuis toujours, par leur grande valeur économique. Aussi considère-t-on qu'ils ne doivent pas quitter le patrimoine familial²⁴⁸ car ils font partie de la fortune nationale²⁴⁹ voire de la souveraineté²⁵⁰. Les actions y afférentes ont un effet indéniable sur le droit de propriété²⁵¹. C'est pour cette raison que plusieurs systèmes juridiques consacrent

²⁴⁵ L'article 57 du code de DIP dispose que: "*Les biens sont qualifiés meubles ou immeubles selon la loi de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent*". Sur cette question, v., P. Lagarde, *Le droit applicable aux biens dans le code tunisien de droit international privé*, in *Le code tunisien du droit international privé*, Actes du colloque organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires le 12 mars 1999 à Tunis, Publications du centre d'études juridiques et judiciaires, 2000, p.25.

²⁴⁶ K. MADDOURI, *L'immeuble en droit international privé: une parcelle du territoire ou une valeur pécuniaire?*, in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de: S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach Édition, 2020, p. 261.

²⁴⁷ P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986, T196, p128 et s.

²⁴⁸ L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, édition Economica, Paris, 2006, p. 141.

²⁴⁹ E. M. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale", *RCADI*. 1934, pp. 543-686.

²⁵⁰ L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit. p. 141.

²⁵¹ *Ibidem*.

la compétence exclusive en matière immobilière tant sur le plan juridictionnel que législatif.

Toutefois, si ces avantages du rattachement territorial se vérifient pour les immeubles, ils demeurent douteux pour les biens meubles.

70. A la différence du droit anglais qui ne consacre le rattachement territorial en matière successorale que pour les immeubles²⁵², le droit tunisien n'opère aucune distinction selon la nature des biens à la fois pour la compétence internationale ou pour la loi applicable²⁵³.

S'agissant des meubles, il n'est pas évident de s'attacher à la compétence du juge tunisien sur la base de leur existence sur le territoire national. Certes le principe de proximité pourrait servir de justification à cette compétence, cependant, cet argument n'est pas irréfutable. D'abord, parce que la matière mobilière n'est pas liée au principe de la souveraineté étatique. Ensuite, on ne doit pas nier qu'il est plus opportun de soumettre ces biens à la fois à la compétence internationale du tribunal et à la loi du dernier domicile (ou de la dernière résidence habituelle du défunt). En effet, le meuble ne se caractérise pas par la stabilité et le rattachement à un territoire précis. Au contraire, leur amovibilité permet de les déplacer d'un pays à un autre entraînant la fraude à la compétence internationale. Il suffirait de modifier le critère de rattachement pour s'évader de la compétence d'une juridiction particulière qui ne plairait pas aux héritiers²⁵⁴.

Malgré ses avantages, le rattachement territorial présente l'inconvénient majeur de la scission voire l'émiettement de la succession. Il y aura ainsi autant de successions que d'États sur les territoires desquels les biens sont situés²⁵⁵. Ce morcellement successoral entraînera plusieurs difficultés, dont la détermination

²⁵² A. BRIGGS, op. cit., p. 279.

²⁵³ Cet état de la législation tend à évoluer comme il sera démontré ultérieurement en présentant l'avant projet de modification du code de droit international privé tunisien.

²⁵⁴ A. MEZGHANI, *Droit international privé, États nouveaux et relations privées internationales, Systèmes de droit applicable et droit judiciaire international*, Tunis, édition CERES, 1991, p.365.

²⁵⁵ H. LEWALD, "Questions de droit international...", article précité, p. 7.

de la loi applicable ainsi que l'effectivité et l'efficacité des jugements rendus par les tribunaux des systèmes unitaires.

71. A l'échelle européenne, le Règlement n'ignore pas complètement le rattachement territorial. Il ne le consacre pas en règle de principe, mais en tant que rattachement subsidiaire qui fonde une compétence exceptionnelle des tribunaux des États membres.

Section deux: Les rattachements subsidiaires en matière successorale

72. Le recours aux compétences subsidiaires n'est expressément prévu que dans le cadre du Règlement européen sur les successions. Le droit anglais n'en prévoit aucune. La pratique anglaise ne présente pas des cas d'application du for de nécessité. En droit tunisien, cette compétence est envisageable, mais elle demeure hypothétique.

Ces rattachements sont fondés sur le principe de proximité, défini en matière de compétence internationale comme étant "*le rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit*"²⁵⁶.

Ces rattachements subsidiaires interviennent dans le cadre de la compétence internationale d'une part (**Paragraphe premier**) et de la loi applicable d'autre part (**Paragraphe deuxième**).

²⁵⁶ P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé", *RCADI*, 1986- 1, Vol. 196, Dordrecht; Boston; Lancaster: M. Nijhoff, 1987, p. 26.

Paragraphe premier: La compétence internationale subsidiaire en matière successorale

73. Le règlement européen prévoit expressément trois hypothèses de compétence internationale subsidiaire (**I**), auxquels s'ajoute un quatrième cas qui est aussi envisageable en droit tunisien, à savoir le for de nécessité (**II**).

I- La compétence internationale subsidiaire dans le Règlement

74. En étudiant la compétence subsidiaire, il est utile de procéder à l'exposé des conditions de cette compétence (**A**) avant de se livrer à la pratique jurisprudentielle (**B**).

A- Les conditions de la compétence internationale subsidiaire dans le Règlement

75. Dans le cadre du Règlement, par compétences internationales subsidiaires on entend celles qui "*entrent en jeu lorsque la compétence générale ne peut être exercée dans aucun État membre, la dernière résidence habituelle du défunt étant située dans un État non membre*"²⁵⁷.

Trois cas de compétences internationales subsidiaires des États membres ont été introduits par le législateur européen dans l'article 10 du Règlement²⁵⁸.

²⁵⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 230.

²⁵⁸ L'article 10 dispose que: " 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où:

a) le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès; ou, à défaut,

b) le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle.

2. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens".

Cette compétence subsidiaire est possible dans trois hypothèses ayant pour condition commune l'existence de biens successoraux sur le territoire d'un État membre: la première hypothèse, lorsque le défunt portait la nationalité de l'État membre où il avait laissé des biens; la deuxième, lorsqu'il y avait sa résidence habituelle antérieure dans les cinq ans précédant la saisine du tribunal; la troisième hypothèse concerne les autres cas. Dans cette dernière éventualité, le tribunal de l'État membre ne sera compétent que pour les biens situés sur le territoire du *for*.

La lecture de l'article 10 doit s'effectuer à la lumière du considérant 30 du Règlement. Celui-ci précise que les rattachements de la règle subsidiaire sont prévus dans une "*liste exhaustive, dans l'ordre hiérarchique*", afin d'unifier les motifs de saisine des tribunaux des États membres, lorsque le défunt n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire de l'un de ces États. Par conséquent, le tribunal ne peut fonder sa compétence sur l'alinéa b) du paragraphe 1 ou sur le paragraphe 2 de l'article 10 que si l'alinéa a) du paragraphe 1 n'est pas opérationnel²⁵⁹.

En outre, les commentateurs du Règlement précisent que le législateur européen n'a pas prévu de solution spécifique au cas où le défunt est plurinational, comme le recours à la notion de la "*nationalité effective*"²⁶⁰. En se référant aux principes énoncés dans le Règlement, et principalement dans le cadre de la *professio juris* et de la compétence internationale en cas de choix de loi, on considère qu'il y a autant de juridictions pouvant être saisies que de lois nationales portées par le *de cuius*²⁶¹. Ces mêmes commentateurs avancent déjà la réponse à la question de déterminer le tribunal compétent au cas où plusieurs juridictions sont saisies. En effet, la solution réside dans l'article 17 du Règlement lié à la litispendance²⁶².

²⁵⁹ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015, p. 79.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

B- L'interprétation jurisprudentielle de la compétence internationale subsidiaire

76. Sur le plan pratique, deux questions principales ont été posées à la jurisprudence: La première est de déterminer si cette compétence subsidiaire doit être relevée d'office par le juge? (1) La deuxième est de savoir comment localiser les biens successoraux afin de mettre en œuvre la règle de l'article 10? (2)

1- Relevé d'office de la compétence subsidiaire

77. La réponse à la première question a été apportée par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa décision n°C-645/20 du 7 avril 2022²⁶³ suite à sa saisine d'une question préjudicielle par la Cour de cassation française²⁶⁴. En l'espèce, le défunt de nationalité française, décédé en France, laisse pour lui succéder son épouse et ses trois enfants issus d'une première union. Ceux-ci ont assigné la veuve devant le tribunal de grande instance de Nanterre (le TGI) afin d'obtenir la désignation d'un mandataire sur la base unique de l'article 4 du Règlement en invoquant que le *de cuius* avait sa dernière résidence habituelle en France. Le TGI a donné suite à leur demande en désignant un mandataire. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du TGI en soutenant que le défunt n'avait pas sa résidence habituelle en France. En cassation, les demandeurs ont changé de fondement. Ils ont invoqué l'article 10 paragraphe 1 sous a) du Règlement en considérant que le défunt était de nationalité française et avait laissé des biens en France, et en soutenant que les dispositions issues du Règlement sur les successions étaient d'ordre public. La Cour de cassation devait donc déterminer si la compétence subsidiaire objet de l'article 10 doit être relevée d'office?

²⁶³ A. DEVERS, "Successions. Vérification d'office par le juge national de sa compétence", Note sous CJUE, 7 avril 2022, V.A. et Z.A. c/ TP, aff. C-645/20. *Droit de la famille*, LexisNexis ; Ed. du Juris-Classeur, 2022, commentaire 100; Note A. GOSSELIN-GORAND, in *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, 1er mai 2022, n°DFP200u3.

²⁶⁴ Civ. 1^{re}, 18 novembre 2020, n° 19-15.438, publié au Bulletin, Dalloz 2020, p. 2289 ; Dalloz actualité, 04 sept. 2020, obs. F. MELIN ; Rev. Fam, fév. 2020, com. 32, M. FARGE; RCDIP 2021, p. 616, obs. C. CHALAS; DEF 4 mars 2021, n° DEF169j8, obs. C. NOURISSAT ; DEF 4 févr. 2021, n° DEF168h3, obs. P. CALLE ; DEF flash 16 déc. 2020, n° DFF159d9.

Dans sa réponse, la Cour régulatrice a soulevé les difficultés de la question liées à *"la formulation incomplète de l'office du juge"*²⁶⁵.

D'une part, l'article 15 prévoit que la juridiction doit se déclarer incompétente si elle ne peut fonder sa compétence en vertu du Règlement, sans prévoir si elle doit vérifier au préalable à la fois les conditions de sa compétence principale et subsidiaire. Par ailleurs, le législateur européen a mis en place un système global de résolution des conflits de juridictions et de lois en matière successorale, qui doit être appliqué d'office chaque fois que le juge est saisi d'un litige successoral. La Cour de cassation considère qu'*"Il ne serait donc pas logique qu'après avoir relevé d'office la mise en œuvre du règlement pour trancher un conflit de juridiction, les juges puissent écarter leur compétence au profit d'un État tiers, sur le fondement du seul l'article 4, sans avoir à vérifier au préalable leur compétence subsidiaire sur celui de l'article 10"*.

D'autre part, la Haute juridiction invoque, outre le caractère subsidiaire de l'article 10, son impact sur l'un des principes directeurs du Règlement à savoir l'unité des deux compétences judiciaire et législative. La Cour rappelle aussi l'objectif de l'article 15 de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions ainsi que la coordination avec les autres États membres qui pourraient objecter la compétence du juge français. Elle ajoute enfin, que les règles de la compétence en matière successorale relève des droits disponibles puisque le Règlement permet aux parties au litige d'en convenir. Estimant que la question était assez complexe et nécessitait l'intervention de la CJUE, elle a sursis à statuer et lui a renvoyé l'affaire en lui posant la question préjudicielle susmentionnée²⁶⁶.

²⁶⁵ M. FARGE, note précitée, p.43.

²⁶⁶ La question exacte est la suivante: *" Les dispositions de l'article 10, point 1a), du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen doivent-elles être interprétées en ce sens que, lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, la juridiction d'un État membre dans lequel la résidence habituelle du défunt n'était pas fixée mais qui constate que celui-ci avait la nationalité de cet État et y possédait des biens doit, d'office, relever sa compétence subsidiaire prévue par ce texte ?"*

Dans l'affaire, l'Avocat Général présente deux affirmations importantes: d'abord, *"le fait que la compétence visée à l'article 10 du règlement n° 650/2012 soit qualifiée de "subsidaire" ne signifie pas que l'intensité normative de cette disposition est moindre que celle de l'article 4 dudit texte"*²⁶⁷. Ensuite, *"l'objectif consistant à réunir le for et le jus ne revêt pas un caractère absolu ; le législateur lui-même admet que la scission est possible"*²⁶⁸.

La CJUE approuve les conclusions de l'Avocat Général en se basant sur la formulation de l'article 10. En effet, cette disposition ne subordonne pas l'attribution de la compétence subsidiaire à une action quelconque de la part du défunt ou d'une partie intéressée. L'expression *"sont néanmoins compétentes"* indique le caractère obligatoire de la disposition.

En outre, la CJUE se réfère aux objectifs énoncés dans les considérants 30 et 7 du Règlement, en précisant que les dispositions de l'article 4 et 10 paragraphe 1 visent à assurer l'uniformité d'application des règles de compétence internationale en matière successorale. Ainsi, ces règles n'offrent pas aux intéressés la possibilité de choisir un for particulier en fonction de leurs intérêts, hormis le cas prévu dans l'article 5 du Règlement.

Elle relève enfin, qu'il n'existe aucune hiérarchie entre l'article 4 et l'article 10 paragraphe 1, vu qu'ils s'intéressent à des cas différents. Elle en déduit que la déclaration d'incompétence exige un examen préalable de tous les critères établis par le Règlement, et que la coïncidence entre la compétence internationale et la loi applicable ne peut être une règle absolue du fait que le Règlement même permet d'y déroger.

²⁶⁷ CJUE, 2 déc. 2021, no C-645/20, VA et ZA, concl. AG M. Campos Sánchez-Bordona : DEF flash 12 janv. 2022, n° DFF202s9; DEF 24 fév. 2022, n° DEF206f5, obs. C. NOURISSAT.

²⁶⁸ Ibidem.

2- La localisation des biens successoraux

78. La deuxième question s'est posée dans l'arrêt précité de la Cour de cassation française datant du 29 mai 2019²⁶⁹. A cet égard, il est utile de préciser qu'en l'espèce, la propriété de l'unique immeuble sis en France par le défunt était contestée. En effet, bien que le *de cuius* semble avoir financé l'acquisition dudit bien par les frères de la fille exhérédée, son nom n'apparaît cependant pas sur le titre de propriété. Cet immeuble ne fait donc pas partie de la succession du défunt. Par conséquent, la Cour de cassation considère qu'il appartiendrait à la juridiction compétente (éventuellement celle de New York), de déterminer la masse successorale et approuve ainsi la position de la Cour d'appel qui s'est déclarée incompétente de connaître du litige successoral sur la base de l'article 10 paragraphe 1 sous b) du Règlement.

Les commentateurs du Règlement se sont déjà posés la question en précisant que le Règlement n'y apporte pas de solution. Ils affirment que la réponse est sans difficulté puisque cette localisation "*devrait se faire normalement sans problème, grâce à une interprétation autonome conforme aux notions admises nationalement et internationalement*"²⁷⁰.

Cette affirmation ne semble pas évidente. La position de la Cour régulatrice a suscité quelques interrogations. Certains commentateurs de l'arrêt ont remarqué que la position de la Haute juridiction ferait dépendre la détermination de l'existence des biens successoraux en France de l'éventuelle décision d'une juridiction étrangère²⁷¹. Ainsi, dans le cas de l'affaire précitée, ce n'est qu'au moment où la décision américaine prévoit que le bien sis en France appartient à la succession du défunt que le juge français peut se déclarer compétent²⁷². D'où la deuxième interrogation, liée à la nature d'action qui doit

²⁶⁹ Arrêt précité n° 18-13383.

²⁷⁰ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 79.

²⁷¹ E. FONGARO, "Détermination de la juridiction compétente...", note précitée, p. 118.

²⁷² Ibidem.

être introduite devant le juge étranger concernant l'immeuble situé en France: une action réelle ou successorale?²⁷³

La réponse à la question est évidente: l'action réelle éventuellement introduite devant le juge américain relève de la compétence exclusive des juridictions françaises lorsqu'elle porte sur un bien sis en France. La compétence du juge américain n'est donc possible que lorsque l'action est successorale. A cet égard, l'un des commentateurs de l'arrêt admet que si le tribunal américain se déclare incompétent de l'action, aucune décision ne se prononcera sur l'existence d'un bien successoral en France. Dans ce cas, le juge français doit se déclarer compétent non pas sur la base de l'article 10 mais sur la base du *for necessitatis*²⁷⁴.

II- Le *for de nécessité*

79. Le *for de nécessité* est présenté comme étant un remède ou un correctif à la rigidité²⁷⁵, voire aux lacunes des règles régissant la compétence internationale. Il est généralement défini comme étant "*un chef de compétence destiné à éviter le déni de justice. Il permet de saisir les tribunaux du for, lorsque, en raison d'une impossibilité, aucun juge étranger ne peut être saisi*"²⁷⁶. Il suppose nécessairement que les juridictions du *for* sont normalement incompétentes, d'où le caractère exceptionnel et subsidiaire du rattachement²⁷⁷.

Ce critère a été consacré pour la première fois en droit suisse²⁷⁸, puis dans d'autres systèmes juridiques²⁷⁹ et instruments européens²⁸⁰.

²⁷³ Ibidem.

²⁷⁴ E. FONGARO, "Détermination de la juridiction compétente...", note précitée, p. 118.

²⁷⁵ R. TLILI HENI, Thèse précitée, p. 305.

²⁷⁶ S. BEN ACHOUR, "Chronique de jurisprudence de droit international privé années judiciaires 2018 et 2019 (1er semestre)", in *Revue de la Cour de cassation*, n°1, Juin 2020, p. 93.

²⁷⁷ N. GARA, *Le précis en droit international privé*, op. cit., p. 60.

²⁷⁸ L'article 3 de la LDIP suisse.

²⁷⁹ L'article 3136 du code civil québécois; L'article 11 du code de droit international privé belge.

²⁸⁰ L'article 7 du règlement européen relatif aux obligations alimentaires et l'article 11 du règlement européen sur les régimes matrimoniaux.

Le for de nécessité est légalement consacré à l'échelle européenne. En droit tunisien, son introduction est l'œuvre de la jurisprudence²⁸¹. Il a été aussi pris en compte dans l'avant projet de réforme du code de droit international privé tunisien.

80. En droit européen, le *forum necessitatis* est régi par l'article 11 du Règlement²⁸².

Il ressort de cette disposition que le for de nécessité "*doit satisfaire à des exigences élevées*"²⁸³. Il est soumis à trois conditions.

81. La première condition est liée au caractère subsidiaire de la compétence²⁸⁴. Le *forum necessitatis* ne s'applique qu'après avoir vérifié qu'aucun État membre n'est compétent sur la base des règles de compétences édictées dans le Règlement, dont les articles 4, 7 et 10²⁸⁵. Ce for ne peut intervenir que si la succession est rattachée à la compétence d'un État tiers.

82. La deuxième condition exige l'impossibilité de saisir les juridictions de l'État tiers avec lequel la succession a des liens étroits. Cette exigence est éclairée par le considérant 31 du Règlement qui précise l'objectif de l'introduction du for

²⁸¹ سامي البوسطاني، "نحو إرساء معيار جديد للإختصاص الدولي للمحاكم التونسية: محكمة الضرورة (تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بتاريخ 13 جانفي 2004)"، منشور بكتاب الشغف بالقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، تونس 2006، ص. 219.

L'auteur évoque le "*rôle créatif*" de la jurisprudence tunisienne. En réalité, le for de nécessité n'est pas la création de la jurisprudence tunisienne puisqu'il a été introduit dans plusieurs législations avant la première décision jurisprudentielle tunisienne datant de 2004. A l'occasion des discussions de l'avant projet de réforme du code de DIP, le professeur A. MEGAHNI précise que ce rattachement n'a pas été introduit dans le code à cause d'un simple "*oubli*" (V. l'avant projet annexé). Le rôle de cette décision se limite à l'élargissement de la compétence internationale tunisienne, par l'introduction d'un critère déjà existant mais qui n'est pas légalement consacré.

²⁸² L'article 11 du Règlement dispose que: "*Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu d'autres dispositions du présent règlement, les juridictions d'un État membre, peuvent, dans des cas exceptionnels, statuer sur la succession si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit. L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont la jurisprudence est saisie*".

²⁸³ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 81.

²⁸⁴ A. BONOMI et P. WAUTELT, op. cit., p.244.

²⁸⁵ H. GAUDEMET-TALLON, "Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions", in *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 132.

de nécessité. Celui-ci vise à "*remédier tout particulièrement à des situations de déni de justice*". Ledit considérant donne des exemples des cas d'impossibilité: la "*guerre civile, ou lorsqu'on ne peut raisonnablement attendre d'un bénéficiaire qu'il introduise ou conduise une procédure dans cet État*". La doctrine en donne d'autres exemples: lorsque les juridictions de l'État tiers sont uniquement compétentes pour les successions de ses nationaux ou qu'elles refusent l'accès à la justice en raison de la religion²⁸⁶.

83. La troisième condition impose que le litige successoral ait un lien suffisant avec le for saisi. Les commentateurs du Règlement écartent la situation du bien sur le territoire du for comme fondement à la mise en œuvre du *forum necessitatis*. Dans ce cas, le tribunal de l'État membre est toujours compétent sur la base de l'une des trois hypothèses de l'article 10 du Règlement. Le lien suffisant peut exister lorsque le défunt avait une résidence habituelle antérieure sur le territoire de l'État membre ou qu'il portait la nationalité de cet État²⁸⁷.

84. En droit tunisien, la question de la mise en œuvre du for de nécessité ne s'est posée que dans le cadre du divorce international²⁸⁸. Aucune décision n'est intervenue en matière successorale. Cela ne signifie pas que le *forum necessitatis* est réservé uniquement à la matière de divorce. D'ailleurs, on peut déduire de cette jurisprudence les conditions d'admission par le juge tunisien de ce rattachement.

Ce critère a été introduit pour la première fois dans le fameux jugement du tribunal de première instance de la Manouba de 2004²⁸⁹. En l'espèce, un tunisien a intenté une action en divorce contre sa femme elle aussi de nationalité tunisienne. Lors de l'audience de conciliation, il déclare que son épouse avait quitté le domicile conjugal et avait quitté la Tunisie pour aller s'installer en

²⁸⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit. p. 245.

²⁸⁷ Ibid. p. 246; U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODESKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 82.

²⁸⁸ A l'heure actuelle et à notre connaissance.

²⁸⁹ Tribunal de première instance de la Manouba, n°34, du 13 janvier 2004, publié et commenté (en arabe) par S. BONSTANJI, in *La passion de droit, Mélanges en l'honneur du Professeur M. L. HACHEM*, op. cit., p. 214 et suiv.

France tout en ignorant son adresse. On rappelle qu'il n'existe pas de règle de compétence spécifique à la matière de divorce. Celle-ci est donc soumise à la règle générale d'*actor sequitur forum rei*. Le tribunal de première instance relève le caractère international du litige sur la base de l'existence du domicile de la défenderesse à l'étranger. Cependant, il se déclare compétent sur la base du for de nécessité en soutenant qu'en se déclarant incompétent, le demandeur sera privé de son droit d'accès à la justice vu qu'il se trouve dans un état de nécessité matérielle (état financier précaire l'empêchant de se déplacer à l'étranger et de pouvoir supporter les honoraires et dépenses élevés de la procédure à l'étranger).

Ce jugement a été fortement critiqué, du fait que l'internationalité n'était pas avérée. Les juges du fond se sont limités à la simple déclaration du demandeur que la défenderesse avait son domicile à l'étranger sans exiger aucun moyen de preuve²⁹⁰. Mais, il a eu le mérite d'ouvrir la voie à d'autres décisions de consacrer le for de nécessité. Le recours à ce rattachement est devenu assez fréquent parfois même "*abusif*" déviant vers la consécration du privilège de nationalité écarté par le code de droit international privé en vue d'une meilleure coordination entre les systèmes juridiques²⁹¹.

85. Suite à ce constat, la doctrine tunisienne s'est accordée sur les conditions de la mise en œuvre du for de nécessité pour prévenir et empêcher sa transformation en un for de nationalité déguisé²⁹².

La première exige l'existence d'un état de nécessité entraînant l'impossibilité de saisir le for étranger normalement compétent²⁹³. Cette

²⁹⁰ Ibidem, p. 221 et suiv.

²⁹¹ S. BEN ACHOUR, "Chronique de jurisprudence...", article précité, p.94.

²⁹² S. TRIKI, "La compétence internationale des tribunaux tunisiens et le critère de la nationalité", in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach édition, 2020, p. 138.

²⁹³ S. BEN ACHOUR, "Chronique de jurisprudence...", article précité, p. 94; S. BOSTANJI, note sous jugement de 2004 précitée, p. 237; N. GARA, *Le précis de droit international privé*, op. cit., p.60; R. Tlili, Thèse précitée, p. 317; A. LAABIDI, "Le caractère exceptionnel du for de nécessité en droit international privé tunisien", in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach éditions, 2020, p. 166.

impossibilité est de deux types: de fait (dite encore matérielle) et de droit (dite aussi juridique)²⁹⁴.

L'impossibilité de fait s'entend de tout obstacle matériel empêchant le demandeur de faire valoir ses droits devant le for étranger normalement compétent²⁹⁵. On cite l'exemple des pandémies, de l'état de guerre, de la force majeure, de la situation financière difficile...

L'impossibilité de droit est constituée de tout obstacle d'origine législative²⁹⁶ limitant le droit universel d'accès à la justice²⁹⁷. C'est le cas du conflit négatif des compétences qui a fait l'objet d'un débat jurisprudentiel et doctrinal en matière de divorce²⁹⁸. L'impossibilité juridique se présente aussi dans un autre cas ayant eu l'unanimité doctrinale et qui est relative au contenu du droit du for étranger. Ce cas a fait l'objet d'une jurisprudence importante en matière de divorce également, mais il pourrait aussi parfaitement servir en matière successorale. On cite comme premier exemple le fameux arrêt *Bouthaina*

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ S. BOSTANJI, note sous jugement de 2004 précitée, p. 238.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ S. BEN ACHOUR, "L'accès à la justice en droit international privé tunisien de la famille, in *Droits fondamentaux et droit international privé*, sous la direction de S. Ben Achour et M. Ben Jemia, Maison du livre, Tunis 2016, p. 11 et suiv.; L. CHEDLY, "Droit d'accès à la justice tunisienne dans les relations internationales de famille et for de nationalité", in *Mélanges en hommage à Dali Jazi*, CPU 2010, p.255.

²⁹⁸ Cass. Civ. n°69462/2018 du 8 Mai 2019 publié sur le site officiel de la Cour de cassation tunisienne (en arabe): <http://www.cassation.tn/fr/فقه-القضاء/>; obs. S. Ben Achour, "Chronique de jurisprudence...", article précité, p. 100 et suiv.; N. Gara, *Le précis en droit international privé*, op. cit., p. 61; En l'espèce, l'époux tunisien a intenté une action en divorce pour préjudice (adultère) devant les tribunaux tunisiens. Ultérieurement, l'épouse a elle aussi introduit une action en divorce devant les tribunaux français. Ceux-ci se sont déclarés incompétents et se sont dessaisis de l'affaire au profit du juge tunisien sur la base de l'article 100 du code de procédure civile français (l'exception de litispendance). Les juges tunisiens se sont eux aussi déclarés incompétents sur la base des articles 3 (l'existence du domicile de la défenderesse en France) et 4 (absence de tout accord procédural) et se sont eux aussi dessaisis de l'affaire en première instance et en appel. Ils soutenaient que le dessaisissement des tribunaux français n'oblige pas les tribunaux tunisiens à se déclarer incompétents. Ils estiment qu'il s'agit d'une entrave à la souveraineté de l'État tunisien. Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agit d'une situation de conflit négatif de compétence entraînant un déni de justice et une entrave au droit d'accès à la justice. Le demandeur était dans un état de nécessité juridique qui fonde la compétence internationale des juridictions tunisiennes.

du 21 mai 2009²⁹⁹. La Cour de cassation considère que la saisine du juge égyptien entraînera l'application de sa loi nationale, dont le contenu est contraire à l'ordre public international tunisien. Celui-ci protège les acquis de la femme tunisienne en matière de statut personnel considérés comme étant des choix fondamentaux du législateur tunisien. La législation égyptienne limite le droit de la femme de l'accès à la justice en soumettant son droit de demander unilatéralement le divorce "*kholoô*" à la condition de renoncer à tous ses droits pécuniaires. La décision émanant de cette procédure est contraire à l'ordre public international tunisien qui réserve aux deux sexes un traitement égalitaire en matière de divorce. Elle se verra ainsi refuser l'exequatur sur la base de l'article 11 du code de DIP.

Dans le même sens, la Cour de cassation considère dans l'arrêt *Farouk*³⁰⁰, que le législateur tunisien ne reconnaît que les décisions émanant d'instances juridictionnelles garantissant les principes généraux de procédure dont surtout le principe du contradictoire et les droits de défense sous peine de se voir opposer l'exception de l'ordre public au sens du droit international privé tunisien. Ainsi, le "*document de divorce*" qatari émanant du tribunal de la Doha, qui ne contient pas l'assignation de la défenderesse pour comparaître et présenter ses conclusions en défense est contraire à l'ordre public international procédural tunisien. Ce document ne saura être revêtu du caractère exécutoire en Tunisie.

Finalement, la doctrine tunisienne, tout comme le législateur européen, exige qu'il y ait un lien étroit entre le litige et l'ordre juridique tunisien. Ce lien

²⁹⁹ Cass. civ. n°32561 du 21 mai 2009, in *Bulletin de la Cour de cassation* 2009, partie I, p. 303; Note: S. BEN ACHOUR (en langue arabe):

تعليق: سهيمة بن عاشور، نحو إرساء معيار جديد لمحكمة الضرورة: الإستحالة القانونية، منشور بكتاب: قراءات في اجتهادات قضائية 2، مجمع الأطرش 2020، ص. 277.

V. aussi: A. LAABIDI, Vers l'émergence d'un nouveau fondement du for de nécessité: l'impossibilité juridique, in *Lectures d'œuvres prétorienne 1*, CPU 2018, p. 95 et suiv. En l'espèce, Une femme tunisienne intente une action de divorce contre son époux de nationalité égyptienne ayant son domicile en Égypte. Le défendeur a invoqué l'exception d'incompétence vu la situation de son domicile en Égypte en application de l'article 3 du code de DIP tunisien. Les juges du fond ont quand même prononcé le divorce entre les deux parties. L'époux entame un pourvoi en cassation sur le même fondement.

³⁰⁰ Cass. civ. n° 63357/2018, du 7 novembre 2018, non publié (V. annexe n° 4); obs. S. BOSTANJI, in *Revue de la Cour de cassation*, n° 2, Latrach éditions, Mars 2022, p. 71 et suiv.

peut se manifester à travers la nationalité tunisienne ou la situation du domicile de l'intéressé sur le territoire tunisien. Ce sont d'ailleurs, les solutions proposées par les rédacteurs de l'avant projet de réforme du code de droit international privé.

86. La pratique jurisprudentielle a influencé les rédacteurs de cet avant projet, qui ont introduit le for de nécessité dans l'article 7 bis³⁰¹. Il appert de cet article, qu'on adopte les mêmes conditions exigées par le Règlement sur les successions. Il appert aussi que la formulation de cet article 7 bis est générale. Son domaine d'application n'est pas limité à une matière particulière. Il n'a exclu aucune matière non plus. On en déduit que le for de nécessité pourrait bien intervenir en matière successorale, même avant l'approbation dudit avant projet. Mais ce champ d'application demeure limité par les dispositions *in fine* de l'article 7 bis. La mention faite à l' "*impossibilité pour le demandeur d'obtenir, à l'étranger, une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en Tunisie*" exclut les décisions qui ont été déjà rendues et qui ne sont pas susceptibles d'être reconnue et exécutée, alors que rien ne justifie cette exclusion. Vu le caractère exceptionnel exigé par la même disposition de l'avant projet, il serait impossible d'étendre son domaine d'intervention aux décisions qui seraient contraires à l'ordre public international. En effet, les dispositions à caractère exceptionnel doivent être interprétées d'une manière restrictive. Cet article de l'avant projet de réforme doit donc être réformé pour englober le cas des décisions déjà rendues et qui ne sont pas susceptibles de reconnaissance ou d'exécution sur le territoire tunisien.

³⁰¹ L'article 7 bis de l'avant projet de réforme dispose que: "*Les tribunaux tunisiens sont exceptionnellement compétents en cas de nécessité, lorsque le demandeur est de nationalité tunisienne ou réside habituellement en Tunisie.*

La nécessité résulte soit d'une impossibilité matérielle, soit d'une impossibilité juridique.

Il y a impossibilité matérielle, lorsque le demandeur se trouve dans une situation qui met matériellement obstacle, de manière dirimante, à la soumission de son action au tribunal étranger compétent.

Il y a impossibilité juridique lorsqu'aucun tribunal ne se reconnaît compétent pour connaître du litige ou encore, lorsqu'il y a impossibilité pour le demandeur d'obtenir, à l'étranger, une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en Tunisie".

Le droit anglais ne prévoit pas la possibilité de reconnaître le for de nécessité en matière successorale vu le caractère rigide de leurs règles de compétence internationale ainsi que le caractère entièrement juridictionnel de la procédure en matière successorale, ce qui constitue une autre divergence avec les deux autres systèmes comparés.

Paragraphe deuxième: La clause d'exception: les liens manifestement plus étroits

87. Les clauses d'exception sont définies comme étant "*des clauses à caractère exceptionnel. Elles ont pour fonction d'adapter la rigidité de la loi à des cas exceptionnels lorsque se réalise un ensemble de circonstances tellement particulières que le législateur, ne l'ayant pas prévu lors de la rédaction de la règle de conflit, doit donner au juge la possibilité d'adapter le système légal*"³⁰².

Cette clause d'exception est consacrée par le Règlement pour la désignation de la loi applicable à une succession internationale. Elle fait l'objet de l'article 21 prévoyant la possibilité de déroger au rattachement de principe prévu dans son premier alinéa lorsqu'"*il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1*". Dans ce cas, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État.

88. La méthode mise en œuvre dans cet article est celle du principe de proximité défini comme étant "*le rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits*"³⁰³. Cette méthode s'oppose à la méthode classique de localisation objective de Savigny³⁰⁴. Son intérêt est de "*permettre la correction du résultat concret de la règle de*

³⁰² C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international*, Vol. 35, Genève: Librairie de l'Université Georg, 1983, p. 36.

³⁰³ P. LAGARDE, "Le principe de proximité...", op. cit., p. 25.

³⁰⁴ L. CHEDLY, "Le principe de proximité et le code tunisien du droit international privé", in *Mouvements du droit contemporain*, Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima, CPU, 2005, p. 325.

*conflit lorsque, après sa mise en œuvre, il s'avère concrètement éloigné d'un objectif déterminé*³⁰⁵. La règle subsidiaire est un facteur correcteur du rattachement de principe. Dans certains cas, l'application de la règle générale peut mener à des résultats insatisfaisants du fait que le critère de *la dernière résidence habituelle* peut ne manifester aucun lien significatif avec la succession en question.

Le Règlement précise que la clause d'exception, appelée aussi "*clause de sauvegarde*"³⁰⁶, ne pourrait être appliquée au cas où le défunt aurait exercé son droit à *la professio juris*. En effet, l'article 22 autorisant le *de cuius* à choisir la loi applicable à sa succession n'autorise pas l'autorité chargée de la succession d'y déroger par l'application d'une autre loi, lorsque celle-ci présenterait *les liens les plus étroits* avec ladite succession.

Fortement inspirée de la convention de La Haye, cette règle est la reprise de son article 3 dans son dernier alinéa. Ladite convention préserve le cas où le défunt entretenait des liens plus étroits avec un État bien déterminé. Dans ce cas, c'est la loi de cet État qui s'applique³⁰⁷.

Mais comment déterminer "*les liens les plus étroits*"?

La réponse à cette question est prévue dans le considérant 25 du Règlement qui envisage certains cas permettant de déterminer ces liens. Ainsi "*En vue de déterminer la loi applicable à la succession, l'autorité chargée de la succession peut, dans des cas exceptionnels où, par exemple, le défunt s'était établi dans l'État de sa résidence habituelle relativement peu de temps avant son décès et que toutes les circonstances de la cause indiquent qu'il entretenait*

³⁰⁵ S. BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille français et tunisien: actualité et perspectives (étude des conflits de lois)*, Thèse de doctorat en droit soutenue le 15 décembre 2012, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université Panthéon-Assas, p. 295.

³⁰⁶ M. REVILLARD, "Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions", *Deffrénois* 30 août 2012, n° DEF40564, p. 743.

³⁰⁷ L'article 3 alinéa 3 in fine dispose que: "*(...) à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre État, auquel cas, la loi de cet autre État est applicable*".

manifestement des liens plus étroits avec un autre État, parvenir à la conclusion que la loi applicable à la succession ne devrait pas être la loi de l'État de résidence habituelle du défunt mais plutôt celle de l'État avec lequel le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits".

Ce considérant présente un exemple bien déterminé lié à l'établissement du défunt dans sa résidence habituelle "*relativement peu de temps*". Cette référence à la notion du temps, rappelle la référence de la convention de La Haye à la durée de résidence pour que celle-ci soit qualifiée de résidence habituelle. Cependant, le Règlement s'y réfère pour un autre objectif: celui de la détermination des *liens les plus étroits* que le défunt entretient avec un État donné. Ce qui est critiquable pour deux raisons au moins:

D'abord, le Règlement n'a pas prévu de durée exacte définissant le "*peu de temps*" que le défunt devait passer dans l'État de sa dernière résidence habituelle pour permettre d'écarter celle-ci au profit d'une éventuelle autre loi d'un État avec lequel il a pu entretenir des liens plus étroits. Il y a lieu de rappeler, que le Règlement ne tient pas compte de la durée de l'établissement d'une personne lors de la détermination de la dernière résidence habituelle. Celle-ci est soumise à l'appréciation souveraine du juge. Cette règle d'exception pourrait bien conduire à écarter facilement la règle de principe surtout que l'appréciation de ce "*peu de temps*" est relatif voire subjectif, d'où la deuxième critique.

Celle-ci est liée au terme "*relativement*". Ce terme implique l'appréciation au cas par cas par l'autorité chargée de la succession constituant une source d'insécurité juridique. En effet, Ce qui pourrait paraître pour l'autorité d'un État déterminé comme étant "*relativement peu de temps*" ne l'est pas nécessairement pour une autre. Cette divergence pourrait même exister entre les autorités d'un même État donnant lieu à des positions nationales contradictoires et augmentant le risque de l'insécurité juridique.

De plus, le considérant 25 fait référence à "*toutes les circonstances de la cause*" qui permettront de déterminer les *liens les plus étroits* sans les définir. Quelles sont ces circonstances qui pourraient avoir un effet déterminant sur la

qualification de certains liens comme étant les plus étroits et évincer ainsi la règle de principe? S'agit il du lieu de situation des biens du défunt? Sinon, de la majorité de ses biens? Est-ce qu'on doit prendre en considération le lieu d'établissement de ses héritiers ou celui de ses créanciers?

Certains commentateurs du Règlement en donnent quelques exemples³⁰⁸.

On évoque ainsi le premier cas d'un portugais qui vient de s'installer en Suisse pour des raisons professionnelles sans plus avoir de résidence en Portugal. Il laisse tous ses parents ainsi que tous les biens "*d'une certaine valeur*" lui appartenant au Portugal. Selon ces auteurs, le défunt présente ainsi des liens plus étroits avec le Portugal qu'avec la Suisse alors même qu'il soit incontestable que sa résidence habituelle est en Suisse. Ces circonstances sont ainsi suffisantes pour évincer la loi de la dernière résidence habituelle au profit d'une autre loi avec laquelle la succession présente *les liens les plus étroits*.

Mais, en réfléchissant sur cet exemple, si au cours de cette petite période d'établissement en Suisse, le défunt portugais avait acquis des biens (meubles et immeubles) et qu'il avait souscrit des dettes auprès d'une banque suisse (par exemple pour l'acquisition d'un appartement) ainsi que d'autres créanciers pour diverses raisons dont notamment des obligations professionnelles. Quelles sont ainsi les circonstances qui devront l'emporter? L'établissement de ses parents et la localisation de ses biens qui ont "*une certaine valeur*" en Portugal sont ils plus importants que l'établissement de ses créanciers et la situation de ses biens ayant une certaine valeur, outre la localisation de *sa dernière résidence habituelle* en Suisse? L'appréciation des circonstances n'est pas vraiment évidente. Le Règlement n'en donne pas d'indices clairs et tranchants.

Ces mêmes auteurs évoquent aussi un deuxième cas: celui d'une dame australienne qui a loué un appartement en Italie pour y passer ses vacances. Suite à un accident l'empêchant de retourner chez elle en Australie à cause d'une fracture du col du fémur, elle décide de résider dans son appartement de vacances

³⁰⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, Le droit européen des successions, op. cit., p. 318 et 319.

en Italie. Elle y décède après deux ans en laissant tous ses biens ainsi que ses parents en Australie. Selon cette doctrine, il faut absolument appliquer la règle subsidiaire car il est évident que la succession de ladite dame présente *les liens les plus étroits* avec l'Australie.

Dans cet exemple, on ne pourrait adhérer à cette position. D'abord, deux ans constituent une période assez longue pour pouvoir guérir d'une telle fracture. Et d'une manière générale, un accident qui n'a pas pour conséquence la mort d'une personne, n'empêche pas généralement celle-ci de revenir chez elle et être près de ses proches. Deux ans est une période assez importante qui peut facilement traduire l'intention de la personne de résider habituellement dans un État donné. D'ailleurs, lors de la seizième session de la Conférence de La Haye de 1988, certains pays ont soutenu l'idée que deux années constituent une période suffisante pour indiquer le *centre vie* d'une personne³⁰⁹. Le facteur temps montre déjà la fragilité de la règle subsidiaire car les circonstances seront qualifiées "*relativement*" voire subjectivement et dépendront de la libre appréciation de l'autorité saisie de la succession.

Par contre, l'application de la règle subsidiaire aurait tout son sens, si cette même dame australienne venant passer des vacances en Italie aurait été testée positive du COVID-19 et qu'elle ait été obligée de confinement et donc de résider dans son appartement de vacances en Italie. Vu son âge avancé, elle décède un mois après en laissant tous ses biens ainsi que tous ses parents en Australie. Dans un cas pareil, la dame était restée pour des raisons de santé. Il est douteux qu'elle ait choisi de déplacer sa résidence habituelle en Italie. Dans ce cas, la règle subsidiaire pourrait être appliquée. En réalité, il n'existe aucun lien significatif entre la succession de la défunte et l'Italie.

Dans un autre exemple³¹⁰, un allemand fonctionnaire au Conseil de l'Europe, résidait jusqu'à son décès à Strasbourg. Tout en prenant en considération son intention de revenir en Allemagne après la fin de sa mission

³⁰⁹ H. Li, Conflict of laws of succession, *RCADI* 1990, volume V, p.50.

³¹⁰ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 112, (l'exemple cinq).

pour y finir ses jours, ces auteurs pensent que la loi qui devrait être appliquée est la loi allemande. On comprend donc, que pour ces auteurs, la simple intention d'aller revivre en Allemagne à la fin de la mission pour y passer la fin de ses jours constitue un lien plus étroit rattachant la succession du défunt à la loi allemande.

En réalité, il n'est ni certain ni donné que "*toutes*" ces considérations ou "*circonstances*" puissent lier la succession à un seul État. Les rédacteurs du Règlement ne semblaient pas ignorer ces risques. En rappelant que cette règle doit être invoquée dans "*des cas exceptionnels*", le considérant 25 *in fine* dispose que: "*Les liens manifestement les plus étroits ne devraient toutefois pas être invoqués comme facteur de rattachement subsidiaire dès que la détermination de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès s'avère complexe*". Ainsi, on ne pourrait faire jouer la règle subsidiaire pour échapper à la complexité de détermination de la dernière résidence habituelle. En d'autres termes, la difficulté de détermination de la dernière résidence habituelle ne saurait être une excuse pour écarter la règle générale. Le considérant 25 rappelle ainsi le caractère exceptionnel de la règle. Il oblige les autorités chargées à l'utiliser d' "*une manière prudente*" et prendre en considération d'abord la règle de principe pour que la règle subsidiaire ne devienne pas un facteur de *forum shopping*³¹¹.

Certains commentateurs du Règlement rappellent, que "*le critère des liens les plus étroits semble précisément celui qui permet de déterminer "la dernière résidence habituelle" et les exemples donnés par les considérants pour illustrer ce qu'il faut entendre par cette dernière ou par la loi de l'État avec lequel le défunt présentait "des liens manifestement plus étroits" sont étrangement analogues*"³¹². En tenant compte de cette difficulté, il s'avère que les critères conduisant à l'application de la règle subsidiaire sont les mêmes que ceux qui mènent à l'écarter. Ceci pourrait être source de complexité et d'insécurité quant à

³¹¹ Ibid., p. 315.

³¹² G. KHAIRALLAH, "la détermination de la loi applicable à la succession", article précité, p.53.

la détermination de la loi applicable. On se demande ainsi, si l'introduction de la règle subsidiaire est vraiment utile?

Section trois: L'intervention de rattachements à vocation générale

89. C'est particulièrement dans le cadre de la compétence internationale qu'il est utile d'étudier la possibilité d'intervention de certains rattachements à caractère général.

Par rattachements à vocation générale on entend les critères qui peuvent fonder la compétence internationale d'un tribunal quelle que soit la nature de la contestation. Il s'agit de la règle générale *actor sequitur forum rei* (**Paragraphe premier**) et celle de la volonté des parties (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Le rattachement général *actor sequitur forum rei*

90. La question à laquelle on se propose de répondre est la suivante: le juge peut-il se déclarer compétent sur la base de la situation du domicile des ou de l'un des défendeurs sur le territoire du for? En d'autres termes, les règles de la compétence spéciale régissant la matière successorale feront-elles obstacle à l'application de cette règle à portée générale dans les cas où celle-ci ne coïncide pas avec la dernière résidence habituelle du défunt ou autre rattachement légalement consacré?

91. En droit européen, la réponse peut être déduite du considérant 30 qui prévoit *in fine* que le Règlement "devrait dresser la liste exhaustive, dans l'ordre hiérarchique, des motifs pour lesquels cette compétence subsidiaire peut s'exercer". De ce fait, "l'article 10 prévoit une compétence subsidiaire, qui

*constitue avec l'article 11 une liste de compétences. Ainsi, toute application des règles nationales de compétence supplémentaires sont exclues*³¹³.

On peut ainsi conclure que si le domicile du défendeur dans une action successorale situé dans un État membre ne correspond pas à l'un des rattachements prévus par le Règlement, le tribunal de cet État doit se déclarer incompétent.

92. En droit anglais, les règles successorales revêtent un caractère rigide. La situation du domicile du défendeur sur le territoire anglais ne peut assoir la compétence du tribunal anglais qui est soumis à une procédure spécifique qui va être présentée lors de l'étude de la mise en œuvre des règles de conflits anglaises.

93. En droit tunisien, cette règle générale est consacrée dans l'article 3 du code de DIP disposant ce qui suit: "*Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation, civile et commerciale entre toutes personnes quelle que soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie*".

Une remarque s'impose, liée à la discordance entre la version arabe et la version française de cette disposition. En effet, le législateur utilise la notion de "*domicile*" dans la version française et "*résidence*" (*إقامة* *iqama*) dans la version arabe. La version arabe, étant celle qui fait foi en Tunisie, il est légitime de penser que la simple résidence est suffisante pour assoir la compétence des tribunaux tunisiens tant que le législateur n'a pas expressément exigé son caractère habituel³¹⁴. Cependant, la doctrine, ainsi que la jurisprudence considèrent que l'intention du législateur est de consacrer la notion du domicile et non pas de la résidence³¹⁵.

94. Il ressort de cet article que son champ d'application est très entendu. Il s'applique à tous les litiges, quelle que soit la catégorie juridique dans laquelle il

³¹³ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 78.

³¹⁴ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p.79.

³¹⁵ Ibid., p. 80; N. Gara, *Le précis...*, op. cit., p. 43;

نور الدين قارة، " الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص"، منشور في أعمال ملتقى حول المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص من تنظيم مركز الدراسات القانونية و القضائية يوم 12 مارس 1999، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2000، ص. 69.

intervient tant qu'elle est de nature civile et commerciale. Les actions pénales et de droit fiscal étant écartées du champ d'application du code, cette règle générale n'est limitée en matière civile et commerciale, que par les cas de la compétence exclusive objet de l'article 8 du code de DIP. Les actions successorales ne figurant pas dans la liste de cet article 8, demeurent de la compétence possible. La formulation de l'article 6 paragraphe 3 du code en est la preuve. Celui-ci emploie l'expression: "*Les tribunaux tunisiens connaissent aussi...*".

Dans le système tunisien des conflits de juridictions, on distingue entre la compétence de principe fondée sur la situation du domicile du défendeur sur le territoire tunisien, et celle fondée sur des critères spéciaux justifiant un lien de proximité avec le système juridique du for lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Tunisie³¹⁶.

Il en découle qu'un tribunal tunisien peut se déclarer compétent sur la base de l'article 3 du code de DIP, tant que cette possibilité n'est pas expressément écartée par le législateur. En effet, d'après l'article 533 du COC: "*Lorsque la loi s'exprime en termes généraux, il faut l'entendre dans le même sens*".

Paragraphe deuxième: Le critère de la volonté des parties

95. La prorogation de la compétence internationale peut être aussi l'œuvre de la volonté.

L'accord sur la compétence n'est pas possible en droit anglais quand il s'agit de la matière successorale vu le caractère judiciaire de la procédure. Il est admissible en droit européen et en droit tunisien avec des divergences quant au régime juridique.

96. En droit européen, la volonté des parties permettant de déroger à la règle de principe peut être expresse ou tacite.

³¹⁶ A. MEZGHANI, *Commentaire...*, op. cit., p. 160.

La volonté expresse est régie par l'article 5 du Règlement disposant dans son paragraphe 1 ce qui suit: "*1. Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute question*".

Il ressort de cet article que l'accord sur la compétence n'est pas absolu, il connaît deux restrictions. La première: est que cet accord porte sur les tribunaux de l'État dont la loi a été choisie par le *de cuius* en vertu d'une *professio juris*. Ainsi, le choix des parties ne peut porter que sur les tribunaux de l'État dont le défunt est national. La deuxième: est que la loi nationale choisie soit celle d'un État membre qui aura dans ce cas la compétence exclusive de connaître de toute la succession.

Le législateur européen n'a pas envisagé l'hypothèse où la loi nationale choisie est celle d'un État tiers. Face à ce silence, les commentateurs du Règlement considèrent que dans ce cas, l'article 5 est inopérant³¹⁷.

Cet accord est aussi soumis à une condition de forme. L'article 5 paragraphe 2 exige qu'il soit "*conclu par écrit, daté et signé par les parties concernées. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite*".

Suite à l'accord sur la compétence, le tribunal saisi sur le fondement de l'article 10 ou 4 doit décliner sa compétence et se dessaisir de l'affaire conformément à l'article 6 du Règlement. Aux termes du même article, le déclinatoire de la compétence peut aussi avoir lieu suite à la demande de l'une des parties au profit du tribunal de l'État dont le défunt était national s'il est jugé qu'il est mieux placé de connaître du litige. Il s'agit d'une simple possibilité et non d'une obligation. Le déclinatoire est soumis dans ce cas à la libre appréciation du juge qui décidera selon les circonstances de l'affaire. L'article 6 donne des exemples de ces circonstances: lorsque les parties au litige ont leurs

³¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, "Les règles de compétence judiciaire...", article précité, p. 132; A. BONOMI et P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 202; U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE, F. ODERSKY et B. REINHARTZ, *op. cit.*, p. 64.

domiciles sur le territoire de l'État dont le défunt est national ou lorsqu'il y avait laissé ses biens.

S'agissant de la volonté tacite, celle-ci fait l'objet de l'article 9 paragraphe 1er. Cette volonté est déduite du comportement procédural de la partie concernée. La compétence du tribunal d'un État membre est fondée sur la comparution des parties à la procédure qui n'étaient pas parties à l'accord d'élection de for objet de l'article 5 sans contester cette compétence.

Les considérants 27 et 28 du Règlement précisent l'objectif des dispositions des articles 5 et 9. Celles-ci visent à assurer la coïncidence entre la compétence internationale et la loi applicable.

La volonté des parties peut conduire au dessaisissement du tribunal compétent pour engager une procédure extrajudiciaire. L'article 8 du Règlement prévoit trois conditions cumulatives: que la juridiction saisie ait engagé d'office une procédure sur la base des articles 4 et 10, que le défunt ait choisi sa loi nationale pour régir sa succession et que le règlement de la succession par voie extrajudiciaire s'effectue dans l'État dont le défunt est national.

Ces restrictions permettent donc de déduire que le législateur européen n'entend pas accorder la liberté à la volonté des parties en matière successorale, sauf pour assurer l'unité du for et du jus, contrairement au droit tunisien.

97. La règle de conflit permettant de proroger la compétence en droit international privé tunisien a une vocation générale. Elle fait l'objet de l'article 4 du code de DIP³¹⁸.

Cette disposition a un champ d'application étendu puisqu'elle fait référence au "*litige*" sans préciser la matière sur laquelle il doit porter. Elle contient une seule exclusion liée aux actions réelles portant sur un immeuble situé à l'étranger. Cette exclusion se justifie par la prise en considération par le

³¹⁸ L'article 4 du CDIP dispose que: "*Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles, ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien*".

législateur tunisien d'une éventuelle compétence exclusive étrangère qui se veut applicable.

A l'instar du Règlement européen, la volonté des parties peut être expresse ou tacite. La volonté tacite est déduite du comportement du défendeur à la procédure qui comparait devant les juridictions tunisiennes sans soulever l'exception d'incompétence *in limine litis* tel que l'exige l'article du code de DIP³¹⁹.

La pratique jurisprudentielle ne donne pas d'enseignements sur l'application de cet article en matière successorale. Vu la généralité de l'article 4 du code, et en application du principe général édicté dans l'article 533 du COC précité, il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Par ailleurs, le législateur tunisien ne prévoit pas une compétence exclusive en matière successorale. Il s'agit d'une matière patrimoniale dont les parties ont la libre disposition³²⁰ et relève donc de la compétence facultative des tribunaux tunisiens.

La matière successorale n'a pas été exclue par les rédacteurs de l'avant projet de réforme du code de DIP du champ d'application du critère de la volonté. La nouvelle formulation proposée de l'article 4 paragraphe 1er est comme suit: "*Les parties peuvent, dans les matières où elles ont la libre disposition de leurs droits, proroger la compétence de la juridiction tunisienne ou y déroger*"³²¹. On en déduit qu'en droit tunisien, l'accord de volonté est possible en matière successorale. Cet accord peut aussi valablement engager la compétence d'une autorité extrajudiciaire. Contrairement au règlement, aucune restriction n'est prévue en droit tunisien.

³¹⁹ N. GARA, *Le précis...*, op. cit., p. 45.

³²⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 202.

³²¹ V. Annexe n°1.

Chapitre Deuxième: Les divergences de mise en œuvre des règles de conflits des successions *ab intestat*

98. La divergence entre les systèmes comparés s'agissant des successions *ab intestat* s'étend aussi à la mise en œuvre des règles de conflits successorales régissant la compétence internationale et la loi applicable à la matière successorale.

Ces divergences se vérifient à travers le système successoral adopté d'une part (**Section première**) et à travers le domaine de la loi applicable d'autre part (**Section deuxième**).

Section première: Des systèmes successoraux antagonistes

99. La matière successorale est le terrain des divergences par excellence. Deux systèmes antagonistes régissent la matière: l'unité successorale caractérisant le Règlement européen (**Paragraphe premier**) et le morcellement successoral caractérisant le droit anglais (**Paragraphe deux**). En droit tunisien règne l'incertitude (**Paragraphe trois**).

Paragraphe premier: Le principe de l'unité dans le Règlement européen

100. L'unité est l'un des principes directeurs du Règlement³²².

Le principe de l'unité est doublement consacré: le législateur européen prévoit l'unité de la succession (**I**) tout en coïncidant le *for* et le *jus* (**II**).

I- L'unité de la succession

101. Le Règlement a le mérite de parvenir à unifier des systèmes juridiques assez divergents. Le législateur européen a opté pour l'unité de la succession obligeant les États membres à modifier leurs législations internes en matière de successions internationales. Cette modification a pris effet à l'entrée en vigueur du Règlement. L'unité successorale a-t-elle donc cessé d'être un "mythe"?³²³

102. La réponse ne peut être que par l'affirmative mais nuancée: Car il s'agit d'un *mythe* (**A**) qui connaît des limites (**B**).

³²² P. LAGARDE, "Les principes de base...", article précité, p. 696.

³²³ G. LARDEUX, "Le mythe de l'unité successorale", *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1658.

A- Exposé du *mythe de l'unité du Règlement*

103. *"Dans le système unitaire, la loi applicable à la succession ou la loi successorale s'étend à l'ensemble des biens héréditaires meubles et immeubles, quel que soit le lieu de situation"*³²⁴.

Pareillement en matière de compétence internationale: celle-ci s'étend à tous les biens successoraux quelque soit leur nature ou leur lieu de situation. C'est ce qui ressort des articles 4 régissant la compétence internationale et l'article 21 déterminant la loi applicable. Ainsi, *"sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridiction de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès"*³²⁵. *"La loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès"*³²⁶.

Ces deux articles consacrent la double unité juridictionnelle et législative régies par un rattachement unique: la dernière résidence habituelle qui constitue le rattachement de principe en matière successorale.

104. Le domaine de l'unité successorale est encore plus large³²⁷, puisqu'il ne se limite pas au rattachement général, mais s'étend aussi aux rattachements subsidiaires régissant la compétence internationale et la loi applicable.

105. S'agissant de la compétence juridictionnelle, le législateur européen a permis d'y subsidier au moyen de la compétence subsidiaire et du for de nécessité, ou d'y déroger par l'accord d'élection de for.

Dans ces trois cas, même si le Règlement a prévu des rattachements subsidiaires et dérogatoires, il s'est rattaché au régime unitaire: la compétence s'étend à tous les biens héréditaires quelque soit leur nature ou leur situation.

106. C'est ce qui ressort d'abord de l'article 10 paragraphe 1 sous a) et b) qui prévoit que *"1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du*

³²⁴ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, Defrénois, Lextenso, 9ème édition, 2018, p. 510.

³²⁵ L'article 4 du Règlement.

³²⁶ L'article 21 paragraphe 1 du Règlement.

³²⁷ M. GORE, R. DE GOURCY, in *Droit patrimonial de la Famille*, Dalloz action, 2021-2022, p. 1621.

décès n'est pas située dans un État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où...".

107. L'article 11 régissant le *for necessitatis* dispose que "...les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, statuer sur la succession...". Cet article se réfère au terme de la succession sans avoir recours à aucune distinction. De ce fait, même dans le cas exceptionnel du for de nécessité, le tribunal de l'État membre est dans l'obligation de se déclarer compétent pour connaître de l'ensemble de la masse successorale.

108. L'article 5 du Règlement permettant la prorogation volontaire de la compétence (malgré ses restrictions et limites), attribue la "*compétence exclusive pour statuer sur toute succession*" aux tribunaux de l'État dont la loi est choisie par le de cujus moyennant une *professio juris* selon les conditions prévues par l'article 22. Cette disposition ne se limite pas à l'utilisation du terme général "*toute succession*", mais elle prévoit aussi la compétence exclusive des tribunaux de l'État membre de la loi choisie. On rappelle que la règle de l'article 5 n'a aucune incidence sur la compétence internationale lorsque la loi nationale choisie est celle d'un État tiers.

109. L'unité de la succession se vérifie aussi dans les rattachements subsidiaires et dérogatoires au rattachement de principe de la loi applicable. C'est le cas de la clause d'exception et de la *professio juris*.

110. La clause d'exception est l'objet de l'article 21 paragraphe 2 qui prévoit que si la succession entretenait des liens plus étroits avec un autre État que celui désigné par le rattachement de principe (dernière résidence habituelle), "*la loi applicable à la succession est celle de cet autre État*". De même, la généralité de la formulation de la disposition en se référant simplement à "*la succession*" permet de dégager la vocation unitaire de la disposition.

111. L'unité est aussi vérifiée lorsque la personne choisit la loi applicable à sa succession en exerçant son droit à la *professio juris* conformément à l'article 22 du Règlement. Ainsi, toute "*personne peut choisir comme loi régissant*

l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès".

112. Contrairement aux dispositions régissant la compétence internationale, les règles déterminant la loi applicable ont une portée universelle comme le prévoit l'article 20 du Règlement. Par conséquent, si la loi désignée est celle d'un État tiers, elle est aussi compétente de régir la totalité de la succession sans distinction selon la nature des biens ou du lieu de leur situation. Toutefois, cette unité n'est pas sans limites.

B- Les limites au *mythe* de l'unité dans le Règlement

113. La majorité de la doctrine considère que le principe de l'unité constitue l'une des *idées forces* du Règlement³²⁸. Le législateur européen semble enfin avoir réussi à réaliser un "*mythe*". Mais parce qu'il s'agit d'un "*mythe*" "*radicalement inaccessible*", plusieurs dispositions du Règlement perturbent cette unité à la fois de la compétence internationale et de la loi applicable.

114. La première limite à l'unité de la compétence internationale se trouve dans l'article 10 paragraphe 2. Celui-ci dispose que: "*Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens*".

La condition de mise en œuvre du paragraphe 2 de l'article 10 est qu'aucun tribunal d'un État membre ne soit compétent sur la base de l'article 4, ou 10 paragraphe 1. Dans ce cas, la compétence des tribunaux de cet État membre va se limiter uniquement aux immeubles situés sur son territoire.

En analysant les termes de l'article 10 paragraphe 2, on rappelle la position de la CJUE dans son arrêt précédemment mentionné sur la question préjudicielle de savoir si les tribunaux des États membres devraient relever d'office leur

³²⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 43; P. LAGARDE, "Les principes de base....", article précité, p. 691.

compétence subsidiaire objet de l'article 10 paragraphe 1. La Cour s'est basée dans sa décision, sur la formulation de ladite disposition et spécialement l'expression "*sont néanmoins compétentes*" ainsi que sur la réglementation d'ensemble de la compétence pour conclure au devoir du juge de relever d'office sa compétence subsidiaire. On se demande si cette position est aussi valable pour le paragraphe 2 de l'article 10. Les termes de cette disposition n'expriment pas la simple possibilité. A suivre le raisonnement de la CJUE, il n'est pas surprenant que les tribunaux des États membres relèveraient d'office leur compétence subsidiaire sur la base de cette disposition.

L'article 10 paragraphe 2 conduit au morcellement de la succession qui est basé non pas sur la distinction selon la nature du bien (meuble ou immeuble) mais sur sa situation sur le territoire du for européen. Ainsi, le tribunal est compétent uniquement pour les biens successoraux meubles ou immeubles situés sur son territoire³²⁹.

On se demande si cette disposition avait vraiment lieu d'être au sein du Règlement? Quel est son utilité face au champ d'intervention déjà très étendu des tribunaux? Le Règlement adopte-t-il réellement l'unicité du rattachement successoral?

La CJUE affirme qu'avant de se déclarer incompétents, les tribunaux doivent vérifier si aucun autre chef de compétence et spécialement celui prévu dans l'article 10 ne fonde sa compétence.

A suivre son raisonnement, le Règlement ne consacre pas un rattachement unique mais deux rattachements en cascade. Le tribunal d'un État membre se déclare compétent sur le fondement de la situation de la résidence habituelle du défunt sur le territoire du for. A défaut, celui-ci est compétent, si les conditions de l'article 10 (dans ses deux paragraphes) sont réunies.

115. Une seconde limite à l'unité de la compétence internationale ressort de l'article 13 du Règlement relatif à l'acceptation de la succession, d'un legs ou d'une réserve héréditaire, ou renonciation à ceux-ci. Cet article prévoit un

³²⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 44.

rattachement alternatif entraînant le morcellement de la succession. En effet, en matière d'acceptation et de renonciation, les tribunaux de la dernière résidence habituelle du défunt n'ont pas l'exclusivité de la compétence. Ainsi, sont compétentes les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de toute personne ayant la qualité, en vertu de la loi successorale, de faire une déclaration d'acceptation ou de renonciation.

Ce rattachement alternatif n'est fonctionnel que lorsqu'il conduit à la compétence des tribunaux d'un État membre. Si la résidence habituelle de l'une des parties est située dans un État tiers, la compétence internationale est déterminée selon les dispositions des articles 4 et 10 du Règlement.

116. Les limites à l'unité de la loi applicable sont nombreuses. Elles sont classées par la doctrine³³⁰ en trois catégories: des limites temporelles, matérielles et de correctifs de rattachement.

117. La limite temporelle est relative à la licéité et à la validité des dispositions à cause de mort et des pactes successoraux. Ces instruments sont régis par la loi successorale hypothétique: c'est la loi successorale qui aurait été applicable si le disposant était décédé le jour de l'acte. Celle-ci ne coïncidera pas nécessairement avec la loi applicable à l'ensemble de la succession en application du Règlement. Ce décalage de temps entre le moment de la rédaction de l'acte et le moment de la désignation de la loi successorale applicable à l'acte pourrait aboutir au morcellement successoral et à la soumission des biens héréditaires à deux lois différentes: la loi de l'acte et la loi successorale³³¹.

118. Les limites matérielles à l'unité successorale sont liées au domaine de la loi applicable. Celles-ci sont relatives à trois questions: l'option successorale, la nomination et les pouvoirs des administrateurs de la succession ainsi que l'adaptation des droits réels³³².

³³⁰ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1624.

³³¹ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1625.

³³² Ibidem.

119. S'agissant de l'option successorale, et pour assurer le parallélisme entre la compétence internationale et la loi applicable³³³, le législateur européen a prévu un rattachement alternatif dans l'article 28 du Règlement régissant la validité quant à la forme de la déclaration concernant l'acceptation ou la renonciation. Ainsi, la loi applicable à la forme de l'option est soit celle de la dernière résidence habituelle, soit la loi nationale choisie par une *professio juris*, soit la loi de l'État dans lequel se trouve la résidence habituelle de la partie exerçant son droit d'option.

120. La deuxième limite matérielle est relative aux pouvoirs des administrateurs judiciaires objet de l'article 29 du Règlement portant des "*dispositions spéciales applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l'administrateur de la succession*".

L'application de cet article suppose que la loi applicable à la succession par la juridiction de l'État membre est une loi d'un État tiers.

Les paragraphes 2 et 3 dudit article portent des dérogations à la loi successorale normalement applicable au profit de la loi du for.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 29, si la loi de l'État membre applicable à la succession ne prévoit pas des pouvoirs d'administration suffisants pour la protection des créanciers du défunt, la juridiction de l'État membre saisie de l'affaire, peut accorder aux administrateurs des pouvoirs résiduels en application de la loi du for.

On en déduit que les juridictions de l'État membre ont un pouvoir discrétionnaire pour évaluer les dispositions de la loi successorale normalement applicable relatives aux pouvoirs des administrateurs et mesurer leur compatibilité avec la loi du for. Dans ce cas, le tribunal n'évincera pas la loi successorale mais il remédiera à ses éventuelles insuffisances en accordant aux administrateurs des pouvoirs résiduels conformément à la loi du for.

³³³ Ibidem.

Contrairement au paragraphe 2, le paragraphe 3 de l'article 29 permet de déroger à la loi successorale et de l'écartier si elle est la loi d'un État tiers et accorder aux administrateurs les pouvoirs selon la loi du for.

Qualifiée de "*peu élégante*"³³⁴, la disposition de l'article 29 a été doublement critiquée. La doctrine lui reproche le manque "*d'illisibilité et d'intelligibilité*"³³⁵. En outre, cette disposition ne traite pas le cas où la loi successorale ne prévoit de pouvoirs que pour les héritiers et où elle écarte l'intervention d'un tiers³³⁶.

Le Règlement accorde un traitement de défaveur à la loi successorale de l'État tiers par rapport à la loi de l'État membre. Pour certains auteurs, cette différence de statut est justifiable car "*l'esprit de compromis qui a pu présider à l'élaboration du texte lorsque la loi successorale était celle d'un État membre fait alors totalement défaut*"³³⁷ lorsque la loi successorale est celle d'un État tiers.

Les conséquences de cette disparité de statut ne se limitent pas à la simple dérogation au principe de l'unité, mais aussi à la limitation de la coordination au niveau européen, et donc la dérogation au principe de l'universalité du règlement s'agissant de la loi applicable.

121. La troisième limite matérielle au principe de l'unité est relative à la technique d'adaptation des droits réels objet de l'article 31 du Règlement qui dispose que: "*Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés*".

³³⁴ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1626.

³³⁵ S. GODECHOT-PATRIS, "L'administration des successions", in *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, Lextenso éditions, p. 90.

³³⁶ S. GEDECHOT-PATRIS, "L'administration des successions", article précité p. 101.

³³⁷ Ibid. p. 102.

La technique d'adaptation " *vise à faire modifier par le juge certaines règles matérielles de la loi qui régit le rapport principal en vue de les adapter aux caractéristiques présentées par les rapports préjudiciels et aux règles étrangères qui le régissent* " comblant ainsi les lacunes de la loi applicable"³³⁸. Ainsi, la loi successorale sera modifiée altérant l'unité du Règlement.

122. Cette disposition relative à la technique d'adaptation des droits réels a fait l'objet d'une question préjudicielle largement commentée à l'occasion de l'affaire *Kubicka*³³⁹. En l'espèce, l'épouse de nationalité polonaise est copropriétaire avec son mari allemand d'un immeuble situé en Allemagne pour moitié chacun. Elle s'est adressée à un notaire exerçant en Pologne pour établir un testament en y insérant un legs "par revendication" conformément au droit polonais qui confère le droit de propriété sur tout l'immeuble. Pour le reste de sa succession elle souhaitait garder l'ordre successoral légal entraînant le partage de la succession entre son époux et ses enfants à part égale. Le notaire a refusé de dresser ce testament qu'il avait jugé illicite sur la base des articles 1 paragraphe 2 sous k et l et 31 du Règlement. Il soutenait que le legs de droit polonais était contraire à la loi et à la jurisprudence allemandes relatives aux droits réels et au registre foncier.

S'est posée donc la question préjudicielle suivante: "*L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous k) et l), ou l'article 31 du règlement [n° 650/2012] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils autorisent le refus de reconnaissance des effets réels du legs "par revendication" (legatum per vindicationem), prévu par le statut successoral, lorsque ce legs porte sur le droit de propriété d'un immeuble sis dans un État membre dont la loi ne connaît pas l'institution du legs avec effet réel direct ?*"

³³⁸ G. KESSLER, "Partenariat enregistré et union libre internationale", *Répertoire de droit international*, Dalloz, Juillet 2019, n°63.

³³⁹ CJUE 12 oct. 2017, *Kubicka*, aff. C- 218/ 16, D. 2017. 2101 ; D. 2018. 966, obs. S. Clavel et F. JAULT- SESEKE ; Rev. crit. DIP 2018. 338, note L. PERREAU- SAUSSINE ; RTD eur. 2018. 845, obs. V. EGEEA.

La Cour de justice commence par qualifier l'acte établi par l'épouse comme étant une succession testamentaire qui rentre dans le champ d'application matériel du Règlement.

Elle rappelle ensuite les objectifs du législateur européen qui consistent à assurer la sécurité juridique et à éviter le morcellement de la succession.

Elle rappelle aussi que le legs "par revendication" du droit polonais et le legs "par condamnation" du droit allemand sont des modes de transfert de propriété et non des droits réels.

En interprétant l'article 31, la Cour de justice affirme que cette disposition *"porte non pas sur les modalités de transfert des droits réels, modalités dont relèvent notamment les legs « par revendication » ou « par condamnation », mais uniquement sur le respect du contenu des droits réels, déterminé par la loi applicable à la succession (lex causae), et leur réception dans l'ordre juridique de l'État membre dans lequel ils sont invoqués (lex rei sitae)"*.

Elle en conclut qu'il n'y a pas lieu de recourir à la technique de l'adaptation tant que le droit réel objet du legs de droit polonais est le droit de propriété qui est reconnu en droit allemand. En d'autres termes, le contenu du droit réel du legs "par revendication" est reconnu en Allemagne.

123. La dernière catégorie de limites se rapporte aux correctifs de rattachement.

Le Règlement européen admet l'intervention de l'exception de l'ordre public, des lois de police ainsi que le mécanisme du renvoi qui seront tous étudiés d'une manière détaillée dans le cadre de la deuxième partie de cette étude.

Les trois correctifs de rattachement ont pour résultat d'écarter la loi successorale normalement applicable au profit d'une autre, limitant ainsi le principe de l'unité.

Devant ces nombreuses limites, l'on est en droit de se demander: L'unité est elle réellement "*le maître-mot du règlement succession*"³⁴⁰ comme l'affirme une éminente doctrine?

II- L'unité du *for* et du *jus*

124. Le principe de l'unité du *for* et du *jus* signifie la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative.

Le législateur européen dans son approche unitaire a aussi consacré ce principe (A) mais pas sans limites (B).

A- Consécration du principe de l'unité du *for* et du *jus*

125. La concordance entre les deux compétences est l'un des objectifs du Règlement exprimé dans le considérant 27 prévoyant que: "*Les dispositions du présent règlement sont conçues pour assurer que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national...*".

Cette coïncidence se fait d'abord à travers le rattachement de principe: la compétence internationale et la compétence législative sont régies par la dernière résidence habituelle du défunt.

126. La concordance se fait ensuite à travers les rattachements subsidiaires. Le considérant 27 dispose que: "*Le présent règlement prévoit dès lors une série de mécanismes qui entreraient en action dans le cas où le défunt avait choisi pour régir sa succession le droit d'un État membre dont il était ressortissant*".

³⁴⁰ C. NOURISSAT, "Une révolution copernicienne pour les successions internationales..."- Entrée en application du règlement (UE) n° 650/2012 le 17 août 2015, *La semaine juridique*, Edition générale n°36, 31 août 2015, doct., n°13.

Cette série de mécanismes est l'objet des articles 5, 6 et 7 du Règlement précédemment étudiés, dont l'objectif est de faire coïncider la compétence internationale à celle de la loi applicable en cas de choix de loi fait par le défunt.

Le premier mécanisme dépend de la volonté des parties qui peuvent s'accorder sur l'élection de la juridiction de l'État membre dont le défunt est ressortissant (l'article 5).

Le second est prévu en cas d'absence d'élection de for, le Règlement autorise le juge à décliner sa compétence au profit de la juridiction de l'État membre dont la loi a été choisie s'il considère qu'elle est la mieux placée à connaître du litige (l'article 6).

127. Le principe de l'unité des deux compétences est doublement justifié par les commentateurs du Règlement: d'abord, "*le juge appliquera sa propre loi que par définition il connaît mieux*"³⁴¹. Ensuite, cette unité limitera les difficultés liées à la preuve et à l'application du droit étranger. "*Ceci est d'autant plus vrai que, dans le domaine successoral, les règles de fond vont souvent de pair avec la procédure, notamment lorsqu'il s'agit d'administrer et de liquider des successions*"³⁴².

B- Les limites à l'unité du *for* et du *jus* dans le Règlement

128. L'expression "*dans la plupart des cas*" du considérant 27 témoigne des difficultés d'instaurer une unité absolue.

Ces limites sont multiples et sont liés aux cas où la juridiction de l'État membre est appelée à appliquer une loi étrangère.

129. C'est d'abord le cas lorsque le tribunal de l'État membre compétent en vertu de l'article 10 paragraphe 2 est appelé à statuer sur les biens situés sur son territoire en application de la loi de la dernière résidence habituelle du défunt.

³⁴¹ S. GODECHOT-PATRIS, " Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes..", *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2462.

³⁴² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 45.

130. La discordance de la compétence a lieu aussi lorsque le défunt effectue un choix de la loi en vertu de l'article 22 et que les parties ne manifestent aucune volonté d'élection de for.

131. La limite au principe se vérifie dans la règle relative aux pouvoirs des administrateurs objet de l'article 29 paragraphe 3, lorsque la loi nationale choisie est celle d'un État tiers. Dans ce cas, les mécanismes correcteurs ne fonctionnent plus.

132. On peut en déduire, que l'idéal annoncé par le Règlement n'est pas certain. Ses idées forces n'ont pu dissimuler ses faiblesses. Le morcellement est-il donc la solution?

Paragraphe deuxième: le morcellement successoral en droit anglais

133. Le deuxième système comparé est celui du droit anglais, l'exemple dualiste de référence. C'est le système diamétralement opposé du système unitaire. Le système anglais est un système triplement dualiste.

134. Dans un premier temps, on distingue entre la succession testamentaire (*testate succession*) et la succession *ab intestat* (*intestate succession*). Le principe qui commande le droit anglais en matière successorale est la liberté testamentaire³⁴³. Ce n'est qu'en absence de disposition à cause de mort que seront mises en œuvre les règles relatives aux successions *ab intestat*³⁴⁴.

135. Dans un deuxième temps, il y a lieu de dissocier les questions régies par la loi successorale (testamentaire ou *ab intestat*) en deux éléments: l'administration des biens successoraux (*administration of estate*)³⁴⁵ et leur dévolution (*devolution of the estate*)³⁴⁶.

³⁴³ L. GARB & J. WOOD, *International succession*, Oxford University Press, Fourth edition, 2015, p. 259.

³⁴⁴ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 301.

³⁴⁵ Dite aussi: *administration of assets*.

³⁴⁶ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 301.

136. Dans un troisième et dernier temps, on distinguera au sein de la dévolution successorale entre les biens meubles et les biens immeubles³⁴⁷.

137. La succession testamentaire étant un mécanisme de planification successorale, elle sera donc traitée dans le cadre du second titre.

138. Dans le cadre de la succession *ab intestat*, le droit anglais distingue entre la succession totalement *ab intestat* (*total intestacy*) et la succession partiellement *ab intestat* (*partial intestacy*)³⁴⁸. Dans le premier cas, le défunt meurt sans aucun testament. Sa succession est donc totalement régie par la loi anglaise (de droit interne et international)³⁴⁹. Dans le second cas, le défunt meurt en laissant un testament portant sur une partie de la succession. Le reste des biens successoraux qui n'est pas régi par le testament est soumis aux règles régissant la succession *ab intestat*³⁵⁰.

Suivant ce qui précède, l'étude de la succession *ab intestat* exige d'analyser séparément la mise en œuvre de la règle de conflit régissant l'administration des biens héréditaires (I) et celle régissant la succession aux biens (II).

I- L'unicité du rattachement régissant l'administration des biens successoraux

139. L'administration de la succession est régie en droit anglais par l'*Administration of Estates Act 1925*. Elle est définie comme étant la procédure par laquelle la succession du *de cuius* est organisée et réglée avant sa distribution aux héritiers³⁵¹. Étant une question successorale, elle est soumise à des règles procédurales de compétence internationale (A) et à une règle de conflit de lois (B).

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ P. BIRKS, *English private law*, Vol. I, Oxford University Press, 2000, p. 512-513.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ A. BRIGGS, *Conflict of laws*, op. cit., p. 302.

A- La compétence internationale en matière d'administration successorale

140. L'administration de la succession obéit au même régime procédural qu'il s'agisse d'une succession interne ou internationale. Dans les deux cas, un ordre de la Cour³⁵² doit être obtenu en vue d'habiliter une personne, par un document appelé "*grant of letters of administration*"³⁵³, à administrer la succession d'un défunt³⁵⁴.

Le *grant of representation* est défini comme étant: l' "*ordonnance par laquelle le tribunal anglais (...) remet le titre de transmission des biens héréditaires au personal representative, désormais seul habilité à administrer la succession*"³⁵⁵.

L'*Administration of Justice Act de 1932*, a étendu le champ d'intervention de la *High Court* en lui permettant de délivrer le *grant of representation* quelque soit la nationalité du défunt ou le lieu de sa résidence. La Cour demeure cependant hésitante à l'octroyer lorsque le *de cuius* ne laisse aucun bien sur le territoire anglais³⁵⁶. A cet égard, il faut préciser que le *grant* anglais n'a d'effet que sur les biens situés en Angleterre. Il s'étend à tous les biens existant sur le territoire du for, même les meubles qui y sont déplacés après sa délivrance³⁵⁷. Par contre, cet acte n'a aucun effet sur les biens situés à l'étranger quelque soit leur nature³⁵⁸.

141. Contrairement à la dévolution, le droit anglais n'opère aucune distinction entre les meubles et les immeubles en procédant à l'administration

³⁵² Le *grant* est délivré par High Court (la Cour suprême) à travers l'une de ses divisions: Famille ou chancellerie.

³⁵³ Appelé aussi *grant of representation*.

³⁵⁴ *New York Breweries Co v AG* [1899] AC 62.

³⁵⁵ M. GORE, *L'administration des successions...*, op. cit., p. 242.

³⁵⁶ *Aldrich v AG* [1968] p. 281.

³⁵⁷ *Whyte v Rose* [1842] 3 QB 493; *In the Goods of Goode* (1867) LR 1 P & D 449.

³⁵⁸ *Blackwood v R* (1882) 8 App Cas 82.

d'une succession internationale. Le système anglais est donc partiellement unitaire.

Il y a des situations où le défunt décède en ayant son dernier domicile à l'étranger et en laissant la majorité de ses biens successoraux en dehors du territoire anglais. Dans ce cas, les biens se trouvant sur le territoire anglais seront administrés par une personne titulaire d'un *grant* accordé par la Cour anglaise, mais qui sera considérée auxiliaire (*ancillary*) à l'administrateur principal (*principal*) désigné selon la loi du dernier domicile du défunt³⁵⁹.

142. L'octroi du *grant* est régi en droit anglais par *The Non-Contentious Probate Rules 1987*. D'après le point 30 de ce texte, lorsque le défunt est décédé domicilié en dehors de l'Angleterre, La Cour peut ordonner qu'un *grant* soit délivré à l'une des personnes suivantes: à la personne chargée de l'administration de la succession par le tribunal compétent au lieu où le défunt est domicilié ; ou à défaut d'une telle personne, à la personne ayant droit à la succession en vertu de la loi du lieu du domicile du défunt; ou, s'il y a plus d'une personne ayant droit à la succession, à celle d'entre elles que la Cour désignera.

143. La doctrine anglaise considère qu'alors qu'il est du devoir de l'administrateur d'identifier et de récupérer les biens en Angleterre, on peut douter que ce devoir s'étende aux biens à l'étranger, puisque la récupération dépendra de la possibilité d'obtenir un *grant* étranger³⁶⁰. Il y a une certaine indication dans la jurisprudence³⁶¹ que si un administrateur en Angleterre entre en possession de biens situés à l'étranger, alors le tribunal serait en mesure d'empêcher toute mauvaise conduite en invoquant la "jurisdiction d'équité *in personam*" (*equitable jurisdiction in personam*)³⁶².

³⁵⁹ J O'BRIEN, *Conflict of laws*, op. cit., p. 578.

³⁶⁰ J. O'BRIEN, op. cit., p. 579.

³⁶¹ *Ewing v Orr Ewing* (1883) 9 App Cas 34; (1885) 10 App Cas 453.

³⁶² Il s'agit d'un principe de procédure pour protéger les droits des parties. Il est invoqué lorsque le litige est situé à l'étranger et qu'on demande la délivrance d'actes ou de décisions judiciaires ayant des effets extraterritoriaux. Dans ce cas, le juge du for doit refuser de statuer sur la base de deux raisons principales: le respect de la souveraineté étrangère dans laquelle le litige est situé, et l'incompétence du tribunal du for de prendre les décisions et les actes requis qui seront de toute manière dépourvus de tout effet sur le territoire étranger. Sur

Lorsque le défunt est domicilié en Angleterre et que, par conséquent, il existe une coïncidence entre la loi régissant l'administration et la succession des biens meubles, il n'y aura généralement pas de problème de nature conflictuelle, même si certains des biens meubles du défunt sont situés à l'étranger³⁶³. Si la succession comprend des biens immeubles étrangers, l'administration continuera d'être régie par le droit anglais, bien que la *lex situs* étrangère ait le dernier mot dans sa répartition³⁶⁴.

144. Lorsque le défunt n'est pas domicilié en Angleterre au moment de son décès mais laisse des biens dans ce pays, le rôle des administrateurs auxiliaires agissant en vertu du *grant* anglais sera, en ce qui concerne l'administration elle-même, soumis exclusivement au contrôle du droit anglais en tant que *lex fori*. C'est ce qui ressort de la jurisprudence *Re Lorillard*³⁶⁵. En l'espèce, un testateur était décédé domicilié à New York, laissant des biens et des créanciers en Angleterre et aux États-Unis. Des procédures administratives ont eu lieu dans les deux pays. Les dettes américaines ont épuisé les avoirs aux USA. Les dettes américaines étaient prescrites en Angleterre. L'administrateur anglais a demandé des instructions au tribunal pour savoir si les actifs anglais excédentaires devaient être payés à l'administrateur américain pour acquitter les dettes américaines ou bien, être payés aux ayants droit en vertu de la loi du domicile du défunt.

Le juge de première instance, appuyé par la Cour d'appel, a décidé que les actifs anglais excédentaires devaient être distribués aux ayants droit, nonobstant les créanciers américains impayés, car leurs dettes, bien qu'exigibles en vertu de la loi de New York, sont interdites par la loi anglaise.

la question: E. J. MESSNER, "The jurisdiction of a court of equity over persons to compel the doing of acts outside the territorial limits of the State" (1930), *Minnesota Law Review*. 1247, pp. 494-529; J. R. LONG, "Equitable jurisdiction to protect personal rights", *Yale Law Journal*, Vol. XXXIII, December, 1923, n°2, pp. 115-132; M. WARRINGTON, "L'*Equity* et le système juridique anglais. Vers un nouveau paradigme dialectique?", *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, 1997/1, Vol. 38, pp. 173-215; A. HUDSON & G. VIRGO, "Equitable jurisdiction (VOLUME 47 (2021))", *Halsbury's Laws of England*.

³⁶³ J. O'BRIEN, op. cit., p. 579.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ [1922] 2 Ch 638.

145. Cette procédure de *grant* suscite certainement une grande difficulté de coordination entre le droit anglais et les systèmes de droit civil, dont par exemple le droit tunisien et le droit français. Comme a été justement relevé par certains auteurs français, "*cette donnée constitue l'obstacle préalable et essentiel à l'ouverture même par l'autorité du for d'une procédure successorale régie par la common law*"³⁶⁶. En effet, même si le droit français ou tunisien³⁶⁷ peuvent procéder à la désignation d'un administrateur ou d'un exécuteur testamentaire, un problème accablant persiste: il s'agit de la divergence des effets juridiques résultant de cette désignation. En effet, le *grant of representation* confère au *personal representative* la qualité de propriétaire des biens successoraux objet de l'administration. Tel n'est pas le cas du droit tunisien ou français. "*Et c'est précisément cet état de fait qui, aux yeux de certains*"³⁶⁸, *exclut toute possibilité d'adaptation: l'impérium du juge français ne lui confère pas de pouvoir*

³⁶⁶ M. GORE, *L'administration des successions...*, op. cit., p. 243.

³⁶⁷ En droit tunisien, cette possibilité est prévue par la loi n°97-71 du 11 novembre 1995, relative aux liquidateurs, mandataires de justice, syndics et administrateurs judiciaires. L'article 2 de cette loi dispose ce qui suit: "*Les liquidateurs, mandataires de justice, syndics et administrateurs judiciaires sont chargés par désignation du tribunal et sont soumis à sa surveillance même quand ils sont chargés en dehors de toute décision de justice.*

Leurs fonctions se rapportent successivement à:

- *La liquidation des successions et des entreprises;*

- *au séquestre des biens communs objets d'un conflit;*

- *à la gestion des faillites;*

- *à l'administration des entreprises dans le cadre de la réglementation spécifique aux entreprises qui traversent des difficultés économiques ou qui sont l'objet d'un conflit relatif à leur gestion".*

Bien que cet article 2 se réfère à la "liquidation" et non pas à l' "administration" de la succession, qui a priori, constitue un obstacle à toute possibilité de coordination avec le système de la succession aux biens de la *common law*, l'article 8 de la même loi pourrait constituer une base juridique favorable à cet objectif d'harmonie juridique. En effet, l'article 8 paragraphe 1 de la loi de 1997 dispose que: "*A défaut d'accord entre les héritiers sur la désignation de l'un d'entre eux pour l'administration et la liquidation de la succession, chacun des cohéritiers peut requérir du Président du tribunal compétent de commettre par ordonnance, à la liquidation de la succession, un des liquidateurs inscrits sur la liste*". La référence au terme "administration" dans cet article, révèle que le législateur présume que la mission d'un liquidateur testamentaire inclut la tâche de l'administration. D'où la possibilité pour un juge tunisien de nommer un administrateur judiciaire pour régler une succession internationale.

³⁶⁸ J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986, n°191.

comparable, celui-ci ne bénéficiant pas d'une semblable propriété, au nom de l'État, des biens héréditaires"³⁶⁹.

Une éminente doctrine a remis en cause cette affirmation très "restrictive"³⁷⁰. La difficulté se rapportant au transfert de la propriété par l'effet du *grant* peut être atténuée, dans la mesure où "le retour momentané des biens à la Couronne n'est autre, en effet, qu'un procédé destiné à combler la vacance du patrimoine laissé par le décès"³⁷¹. Elle en conclut qu'il importe peu que le juge français, ou tunisien s'estime ou non propriétaire des biens successoraux objet d'administration³⁷². En outre, la qualité du "juge propriétaire des biens successoraux" ne reflète pas la véritable étendue des pouvoirs de ce juge qui se limite à la simple habilitation à la charge d'administration³⁷³. "Dans ces conditions, aucun obstacle d'ordre théorique n'interdit d'envisager qu'un juge appartenant à un système de droit civil décide de mettre en œuvre le règlement d'une succession anglo-américaine, dès l'instant qu'est admise une adaptation"³⁷⁴.

Cette position ne peut qu'être affirmée, car elle permet de restreindre les difficultés liées à la divergence entre les systèmes de *common law* et de *civil law*. Ce rapprochement entre les deux systèmes permettra de faciliter le traitement d'un juge tunisien ou français d'une succession internationale de droit anglais.

B- La loi applicable à l'administration de la succession

146. L'administration des biens successoraux est régie par la loi du pays duquel le *personal representative* a obtenu le *grant* lui conférant le pouvoir de collecter les biens successoraux du défunt³⁷⁵.

³⁶⁹ M. GORE, *L'administration des successions...*, précité, p. 243.

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Ibidem.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ M. GORE, *L'administration des successions...*, op. cit., p. 244.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ *Preston v Melville* (1841) 8 Cl & Fin 1, HL; *Blackwood v R* (1882) 8 App Cas 82, PC; *Re Kloebe, Kannreuther v Geiselbrecht* (1884) 28 ChD 175; *Ewing v Orr Ewing* (1885) 10 App Cas

147. Que l'administration soit principale ou auxiliaire (*ancillary*), les biens successoraux relevant du *grant* anglais doivent être administrés conformément à la loi anglaise³⁷⁶. Inversement, les biens objet d'un *grant* étranger doivent être administrés selon la loi de ce pays étranger³⁷⁷.

Dans tous les cas, l'administration d'une partie de la succession située en Angleterre sera soumise au droit anglais en tant que *lex fori*, quelle que soit la *lex successionis* générale³⁷⁸, en d'autres termes, quelle que soit la loi régissant la répartition entre l'administration et la distribution.

148. Les biens détenus par un *personal representative* anglais, qu'ils soient recueillis en Angleterre ou ailleurs, doivent répondre à toutes les dettes du défunt, qu'elles aient été contractées en Angleterre ou à l'étranger³⁷⁹. Les créanciers étrangers ont le même rang que les créanciers anglais, que l'administration anglaise soit principale ou auxiliaire³⁸⁰. La seule différence est qu'un administrateur auxiliaire anglais n'a pas besoin de faire de la publicité pour les créances étrangères³⁸¹. La doctrine anglaise estime que les questions relatives à l'admissibilité des dettes et à leur ordre de paiement sont des questions de procédure et relèvent donc de la *lex fori*³⁸².

149. Lorsque le *personal representative* anglais agit en vertu d'un *grant* anglais, il doit dans ce cas, suivre l'ordre de priorité prescrit par le droit anglais, quelle que soit la nationalité des créanciers. Mais s'il agit en vertu d'un *grant* qu'il a obtenu dans un pays étranger, il doit administrer les biens étrangers conformément à la loi de ce pays³⁸³.

453, HL; *Re Lorillard, Griffiths v Catforth* [1922] 2 Ch 638, CA; *Re Wilks, Keefer v Wilks* [1935] Ch 645; *Re Kehr, Martin v Foges* [1952] Ch 26, [1951] 2 All ER 812.

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ *Huthwaite v Phaire* (1840) 1 Man & G 159; *Cook v Gregson* (1854) 2 Drew 286.

³⁷⁸ J O'BRIEN, op. cit., p. 580.

³⁷⁹ *Preston v Melville* (1841) 8 Cl & F.1; *Re kloebe* (1884) 28 Ch. D. 175; *Re Lorillard* [1922]; DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1404.

³⁸⁰ *Re kloebe* (1884) 28 Ch. D. 175.

³⁸¹ *Re Achilopoulos* [1928] Ch. 433, 445; *Re Holden* [1935] W.N. 52; DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1404.

³⁸² DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1405.

³⁸³ *Re kloebe* (1884) 28 Ch. D. 175; *Re Lorillard* [1922].

II- Le morcellement lors de la distribution des biens en droit anglais

150. *"Lorsque toutes les opérations d' "administration", au sens technique du mot, ont été accomplies, c'est-à-dire lorsque les frais funéraires et testamentaires, les dettes et les autres charges de la succession, y compris les legs généraux et spécifiques, ont été acquittés, il reste un solde appelé "residue" dont la transmission aux bénéficiaires constitue la "distribution" proprement dite. La distribution ainsi définie constitue la seconde et dernière phase de la procédure successorale"*³⁸⁴.

Pour régir la distribution (ou dévolution) des biens, le droit international privé anglais distingue entre la juridiction compétente (A) et la loi applicable (B).

A- La juridiction compétente de connaître de la dévolution

151. Selon la règle générale édictée par la jurisprudence anglaise, la Cour n'a pas compétence pour déterminer la dévolution des biens d'un défunt que s'il y ait un représentant de sa succession dûment constitué devant la Cour³⁸⁵. Même si le représentant est désigné en vertu de la loi d'un pays étranger d'une personne décédée domiciliée dans ce pays, il n'a pas la qualité pour agir devant un tribunal anglais jusqu'à ce qu'il ait obtenu un *grant* anglais³⁸⁶.

152. Théoriquement, la compétence de la Cour pour accorder un *grant* ne dépend pas de la présence d'actifs en Angleterre. Mais en pratique, l'accord du *grant* relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour et dépend soit de la présence de biens successoraux en Angleterre, soit de l'existence d'une bonne raison (*some good reason*) pour l'accorder, tel est le cas par exemple lorsqu'il est requis par un tribunal étranger³⁸⁷.

³⁸⁴ H. PETITJEAN, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais, Étude de droit comparé et de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959, p.133.

³⁸⁵ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1411.

³⁸⁶ *Re Lorillard* [1922].

³⁸⁷ *Hindocho v Gheewala* [2003] UKPC 77, *Dellar v Zivy* [2007] EWHC 2266 (Ch.); DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1412.

153. Si le *de cuius* avait laissé des biens en Angleterre, la *High Court* est aussi compétente de connaître de la validité du testament (s'il existe), de son interprétation et de la détermination des personnes appelées à succéder le défunt³⁸⁸. On rappelle que pareillement qu'en droit français ou tunisien, la succession peut être partiellement régie par un testament en droit anglais. Le reste sera soumis aux règles de la dévolution légale.

154. Pour les biens mobiliers, le tribunal compétent est celui du domicile du défunt, sans qu'il n'ait l'exclusivité de la compétence³⁸⁹. Cependant, une fois rendue, la décision étrangère en matière de succession mobilière est reconnue par les juridictions anglaises³⁹⁰. Celles-ci sont compétentes de connaître de tous les biens situés sur le territoire anglais, quelque soit le lieu de situation du domicile du défunt³⁹¹. Ce même droit est aussi reconnu à la juridiction étrangère. En effet, celle-ci sera également reconnue compétente pour déterminer les droits de la succession sur tous les biens relevant de sa compétence territoriale, quel que soit le domicile du défunt³⁹². Le chevauchement potentiel des décisions nécessitera l'intervention des principes de l'estoppel par *res judicata*³⁹³.

155. La doctrine anglaise entame une distinction entre les biens qui étaient, et qui n'étaient pas, situés sur le territoire du pays étranger au moment du jugement. Elle estime que dans le premier cas, le jugement étranger serait reconnu et exécuté en Angleterre en tant que jugement *in rem*, même si l'un quelconque des biens mobiliers était ultérieurement transféré en Angleterre³⁹⁴. Mais l'existence du jugement étranger n'empêcherait pas le tribunal anglais de rendre une décision contraire quant au droit de succéder à des meubles qui, au

³⁸⁸ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1411.

³⁸⁹ Rule 147 of the DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1412.

³⁹⁰ *Re Trufort* (1887) 36 Ch. D 600, 611; *Ewing v Orr-Ewing* (1883) 9 App Cas 34; *Ewing v Orr-Ewing* (1885) 10 App Cas 5.

³⁹¹ Rule 148 of the DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1413.

³⁹² Ibidem; A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 303.

³⁹³ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 303.

³⁹⁴ *Al Bassam v Al Bassam* [2004] EWCA Civ 857.

moment du jugement étranger, étaient localement situés en Angleterre ou dans un pays tiers³⁹⁵.

B- La loi applicable à la distribution des biens

156. Lorsque la succession d'une personne décédée a été entièrement administrée, c'est-à-dire lorsque toutes les dettes, droits et frais ont été payés, la question se pose de quelle loi doit être régie la répartition bénéficiaire de son patrimoine net? Pour répondre à cette question, le droit anglais entame une distinction entre les meubles et les immeubles³⁹⁶.

157. Concernant les biens mobiliers, il est établi que la succession *ab intestat* est régie par la loi du pays dans lequel le défunt était domicilié au moment de son décès³⁹⁷. La règle ne s'applique qu'à la succession *stricto sensu*. Elle ne s'applique pas au droit d'un État étranger de s'approprier des biens sans propriétaire en *bona vacantia* ou en vertu d'un *jus regale*³⁹⁸. En effet, si une personne décède *ab intestat*, sans proches, domiciliée dans un pays étranger, et que le Trésor de cet État étranger revendique ses meubles successoraux situés en Angleterre comme propriété sans propriétaire, cette revendication en tant que *bona vacantia* sera préférée. Dans ce cas, on considère que le Trésor étranger réclame ces meubles non pas par voie de succession mais parce qu'il n'y a pas de succession³⁹⁹.

Une difficulté peut surgir quant à l'application de cette règle, lorsque le défunt est décédé *ab intestat*, sans lien de parenté selon la loi étrangère de son domicile mais pas conformément à la loi anglaise. La doctrine anglaise donne l'exemple du défunt qui laisse un parent qui a le droit de succéder en vertu de la loi de 1925 sur l'administration des successions, mais qui est trop éloigné pour

³⁹⁵ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., pp. 1413-1414.

³⁹⁶ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 303; DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1414.

³⁹⁷ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 303; DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1415.

³⁹⁸ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1415.

³⁹⁹ *Ibidem*.

hériter en vertu de la loi étrangère du domicile. C'est aussi l'exemple lorsque le *de cuius* laisse un testament qui est valide par le droit interne anglais, mais invalide au regard de la loi étrangère de son domicile. Dans ces cas, on considère qu'aucun droit successoral ne sera reconnu en vertu de la loi étrangère, mais on reconnaît un tel droit en application de la loi de situation (la loi anglaise). Toutefois, cet État étranger est toujours en droit de s'approprier desdits biens car la loi de situation (la loi anglaise) n'est pas la loi applicable à la succession mobilière⁴⁰⁰.

Si l'État étranger revendique les biens en sa qualité de *ultimus heres* en vertu du droit étranger et non pas en sa qualité de *jus regale*, dans ce cas, il a été jugé qu'il y a une véritable créance de succession qui est régie par la loi du domicile, et l'État étranger aura gain de cause⁴⁰¹.

158. Lorsqu'une personne a fait une donation ou déposé des biens meubles en *trust* peu de temps avant son décès, la *lex successionis* peut prévoir que ces biens doivent être considérés comme faisant partie de la succession du défunt aux fins du calcul de la part obligatoire d'un conjoint ou d'un enfant. Si toutefois, le don ou le *trust* est valide et irrécusable selon sa loi applicable, alors les biens ne font plus partie de la succession du défunt et il s'ensuit que la *lex successionis* ne devrait pas être appliquée à l'égard de ces biens.

159. S'agissant des immeubles successoraux⁴⁰², la tradition anglaise de droit international privé est de les soumettre à la *lex situs*. C'est une application de la règle générale du droit anglais soumettant toutes les questions juridiques portant sur un immeuble à la loi de la situation du bien⁴⁰³. Elle est aussi la manifestation de la classification de la matière successorale en droit anglais dans la catégorie juridique des droits des biens.

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ Ibidem.

⁴⁰² DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1416.

⁴⁰³ J. O'BRIEN, op. cit., p. 549.

Paragraphe troisième: L'ambigüité du droit tunisien

160. Les règles de conflits successorales sont elles même source de complexité et de confusion en droit tunisien: outre l'incertitude des rattachements retenus (**I**), le législateur ne se prononce pas sur le système successoral auquel il adhère (**II**).

I- L'incertitude des rattachements en matière successorale

161. Le choix du législateur des critères retenus pour régir les successions internationales est assez imprécis aussi bien dans la règle de conflit juridictionnelle (**A**) que dans la règle de conflit législative (**B**).

A- L'imprécision du rattachement successoral de la compétence internationale

162. En matière successorale, la compétence juridictionnelle internationale fait l'objet du troisième alinéa de l'article 6 CDIP disposant ce qui suit : "*Les tribunaux tunisiens connaissent aussi : (...) 3- De l'action relative à une succession ouverte en Tunisie ou à une dévolution successorale de biens immeubles ou meubles situés en Tunisie*". Il appert de cet article qu'il prévoit deux critères distincts de la compétence internationale⁴⁰⁴: le critère de l'ouverture de la succession de la succession en Tunisie (**1**) et le critère de l'existence de biens successoraux sur le territoire tunisien (**2**).

1- Le critère de l'ouverture de la succession en Tunisie

163. Ce fondement trouve sa source dans le droit interne, plus précisément dans l'article 34 CPCC⁴⁰⁵ et dans le droit comparé comme l'affirme la

⁴⁰⁴ N. GARA, *Précis*, op. cit., p. 56.

⁴⁰⁵ L'article 34 du CPCC dispose que: "*Les actions relatives à une succession sont portées devant le tribunal du lieu d'ouverture de la succession*". C'est la version actuelle de l'article 34. Celui-ci a été modifié par la loi de 1998 portant promulgation du code de droit

doctrine⁴⁰⁶. Toutefois, le législateur ne précise pas la notion de l'ouverture de la succession en Tunisie.

164. La jurisprudence tunisienne n'a pas été unanime sur le sens qui doit être attribué à cette notion.

165. Selon une première position très minoritaire, le lieu d'ouverture de la succession correspond au lieu de décès du défunt. C'est la position de la Cour de cassation statuant sur le premier pourvoi⁴⁰⁷ dans l'affaire *Nâas* et de la Cour de renvoi dans la même affaire. Selon cette partie de la jurisprudence, puisque le défunt avait la nationalité tunisienne et qu'il était décédé en Tunisie, sa succession est par conséquent, ouverte en Tunisie⁴⁰⁸.

Ce raisonnement de la Cour laisse penser qu'elle s'appuie sur les termes de l'article 85 CSP qui dispose que : "*La succession s'ouvre par la mort de l'auteur, même si celle-ci est constatée judiciairement, et par l'existence réelle de l'héritier après la mort dudit auteur*".

166. Cette position a été critiquée pour des raisons diverses, on peut en relever principalement deux: d'abord, son manque d'objectivité. En effet, la mort n'est qu'un fait juridique et elle ne peut donc aucunement servir de critère de rattachement pour la compétence des tribunaux tunisiens. De plus, le lieu du décès ne constitue pas un élément déterminant pour l'internationalité de la succession, puisque la mort peut survenir à l'occasion d'un voyage pour se soumettre à une opération chirurgicale, ou même pour le simple tourisme. Le passage par un territoire donné peut être d'une manière incidente. Cela empêche

international privé qui a abrogé son deuxième paragraphe qui disposait ce que: "*Lorsque l'ouverture de la succession a eu lieu hors de Tunisie, ces actions sont portées devant le tribunal du lieu de la majorité des biens successoraux, compte tenu des dispositions de l'article 2, 5°*".

⁴⁰⁶ M. BEN MOUSSA, commentaires du code, op. cit., p 83 et 84 : il s'agit des articles 86 de la LDIP suisse et l'article 50 de la LDIP italienne.

⁴⁰⁷ Cass. civ., n°22813 du 13/5/2003 inédit (Annexe n°5)

"وحيث أنه و تطبيقاً للفقرة الثالثة من الفصل 6 المذكور فإنه و خلافاً لما اعتمدته محكمة الحكم المطعون فيه فإن المحاكم التونسية تكون مختصة للنظر في النزاع باعتبار و أن الأمر يتعلق بدعوى مستندة إلى تركة افتتحت بتونس لحصول وفاة مورث الطرفين بتونس".

⁴⁰⁸ محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 9871، مؤرخ في 26 أفريل 2005، مذكور بالتعليق على مجلة القانون الدولي الخاص، لطفي الشاذلي و مالك الغزواني، مرجع مذكور سابقاً، ص 152 " طالما أن مورث أطراف النزاع تونسي الجنسية وتوفي بتونس فإن تركته تكون قد افتتحت بتونس فينبغ الإختصاص بالنظر للمحاكم التونسية وفقاً للفقرة الثالثة من الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص".

de pouvoir admettre cette position, surtout si aucun des biens du défunt n'est situé sur le territoire tunisien.

Ensuite, cette interprétation contredit les objectifs des rédacteurs du code de droit international privé, qui ont souhaité instaurer des règles de conflits objectives se basant sur des rapports réels entre le litige et l'ordre juridique tunisien⁴⁰⁹. Le rattachement au lieu du décès rend difficile la mission des tribunaux tunisiens dans la liquidation et le partage de la succession et ce, dans le cas où la totalité des biens successoraux sont situés à l'étranger. Les jugements tunisiens risquent d'être ineffectifs sur le territoire du pays en question. C'est pourquoi, la majorité de la doctrine⁴¹⁰ et de la jurisprudence présente une autre interprétation, selon laquelle le lieu d'ouverture de la succession est celui du dernier domicile du *de cuius*.

167. C'est la lecture la plus appropriée à attribuer à l'article 6-3 CDIP, vu qu'elle répond le plus à l'impératif d'objectivité de la règle de conflit. Les partisans de cette solution présentent plusieurs justifications. D'abord, le rattachement au dernier domicile du défunt se base sur une présomption solide, bien qu'elle soit simple, qui concerne la situation des biens héréditaires sur le territoire du pays où se trouve ce domicile. C'est aussi le lieu où se trouve la quasi-totalité de ses créanciers⁴¹¹. Le dernier domicile est l'expression de la volonté du *de cuius* de soumettre ses biens au système juridique de l'État où il a choisi de résider. C'est ce qu'a précisé la Cour de cassation dans son arrêt précité⁴¹².

En outre, le critère du dernier domicile du défunt est un critère objectif, vu qu'il reflète des liens significatifs entre la succession et le système juridique en

⁴⁰⁹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p 140.

⁴¹⁰ S. BEN ACHOUR, op. cit., "Les successions en droit international privé tunisien: entre ambiguïté des textes et perplexité des juges. A propos de l'affaire Kemal Z", in *Droit et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen YADH BEN ACHOUR*, CPU, 2008, p. 247.

⁴¹¹ CHEDLY (L.) et GHAZOUANI(M.), op. cit., p. 140.

Cass. civ., n°2830, précité. ⁴¹²

قرار تعقيبي عدد 2830، مذكور سابقاً: هذا الاختصاص يتأسس على " قرينة قوية تتمثل في وجود أموال المتوفى بمقره الأصلي قبل وفاته و كذلك وجود أغلب دائنيه بذلك المقر و كذلك لأنها تعبر عن إرادة المورث في إخضاع أمواله للنظام القضائي للدولة التي اختار الإقامة بها و أنه يجد مصلحته و مصلحة وارثيه في ذلك الخيار".

question⁴¹³. D'ailleurs, cette solution a été consacrée par la majorité des systèmes juridiques comparés. C'était le cas notamment du droit français⁴¹⁴ et du droit suisse⁴¹⁵ avant l'entrée en vigueur du Règlement. C'est aussi l'exemple du droit et de la jurisprudence libanaise qui définissent le lieu d'ouverture de la succession comme étant celui du dernier domicile⁴¹⁶.

2- Le critère de l'existence des biens successoraux en Tunisie

168. Pour ce second rattachement, une partie de la doctrine considère que la dualité des rattachements n'est qu'apparente⁴¹⁷. Cette position a été appuyée par une partie de la jurisprudence admettant que le législateur ne consacre en réalité qu'un seul rattachement à la compétence. Elle adopte une lecture restrictive de l'article 6-3 CDIP. Elle considère qu'il ne prévoit qu'un seul critère : l'existence de biens meubles ou immeubles en Tunisie. Elle nie de ce fait, toute compétence du juge tunisien sur la base de l'existence du dernier domicile du *de cuius* en Tunisie. La Cour d'appel de Tunis a appliqué cette position dans l'affaire *Naâs* en affirmant que d'après l'article 6-3 CDIP, la compétence du juge tunisien dépend, lorsque la succession est ouverte en Tunisie, de l'existence d'un bien meuble ou immeuble sur le territoire tunisien⁴¹⁸.

⁴¹³ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op.cit., p 140.

⁴¹⁴ G. A. L. DROZ et M. REVILLARD, "Successions, conflits de juridictions, droit conventionnel", *Juris-classeur de droit international*, Éditions techniques, 2002, Fasc 557-15, p 2.

⁴¹⁵ Article 86 de la LDIP Suisse dispose que : "1- les autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier domicile du défunt sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux".

⁴¹⁶ الياس أبو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، منشورات زين الحقوقية،

2004، ص 25.

⁴¹⁷ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, p. 167.

⁴¹⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, n° 78272, du 10 avril 2002, inédit, (Annexe n°6).
" اشترط الفصل السادس فقرة ثالثة في حالة افتتاح التركة بالبلاد التونسية أن يكون العقار أو المنقول كائنا بالبلاد التونسية وهو غير صورة الحال و بذلك و عملا بأحكام الفصول 3 و 4 و 6 من مجلة القانون الدولي الخاص فإن المحاكم التونسية تعدّ غير مختصة".

La limitation du champ d'application dudit article qu'opère la Cour est abusive. En effet, les termes du texte ne soumettent aucune condition à la compétence du juge. De plus, grammaticalement, l'utilisation par le législateur de la conjonction de coordination "ou" reflète clairement sa volonté d'établir deux critères de compétence distincts. Cette conjonction désigne nécessairement une alternative. Son équivalent en langue arabe (أو) est utilisé dans la version officielle du texte (la version arabe)⁴¹⁹.

La Cour de cassation a aussi adopté cette interprétation dans l'affaire *Zeinal Z* (dite aussi *Kemal Z*). Elle a cumulé les critères de rattachement de la compétence des tribunaux tunisiens, en exigeant à la fois, l'ouverture de la succession en Tunisie et l'existence des biens héréditaires sur le territoire national. Elle limite, par conséquent, la compétence du juge tunisien aux meubles existants en Tunisie et se déclare incompétente à l'égard des biens se situant à l'étranger⁴²⁰. Dans cet arrêt, la haute juridiction reconnaît sa compétence sur la base de l'existence de meubles en Tunisie. En l'espèce, le *de cuius* était propriétaire d'un certain nombre de parts sociales dans une société à responsabilité limitée. La Cour n'a pas évoqué le critère du lieu d'ouverture de la succession, bien qu'il a été bien établi que le défunt était domicilié en Tunisie. C'est pourquoi, certains auteurs affirment que le véritable et unique critère appliqué par le juge tunisien est le second, à savoir celui de la situation des biens successoraux sur le territoire tunisien⁴²¹. Le lieu d'ouverture de la succession devient inefficace et sans utilité juridique. Il viendrait tout simplement renforcer l'office du juge national. Il ne suffit plus, à lui seul, à fonder la compétence des juridictions tunisiennes.

⁴¹⁹ "أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية"

⁴²⁰ Cassation civile n° 5128, du 09 mars 2006, bulletin de la Cour de cassation, 2006, Partie de la procédure civile et commerciale, p 277.

" القاعدة العامة المتعلقة بالمنقولات و الواردة بالفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص و التي تمنح الاختصاص بالنظر للمحاكم التونسية إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية (...) تجعل الطلب في التصريح بافتتاح تركة الهالك و تعيين مصفي لها طلبا وجيها و مؤسسا قانونا في خصوص المنقول المتواجد بالبلاد التونسية "

⁴²¹ S. BEN ACHOUR, "Les successions en droit international privé...", article précité, p. 249.

169. Cette position est critiquable dans la mesure où l'interprétation restrictive du texte demeure en opposition flagrante avec les termes de l'article 6-3. Celui-ci consacre certainement deux critères autonomes. C'est ce qu'a affirmé une seconde partie de la jurisprudence. Cette seconde interprétation fut adoptée dans le cadre de l'affaire *Zeinal Z*: le tribunal de première instance de Tunis a affirmé que la compétence des juridictions tunisiennes est fondée sur deux critères de rattachement. Le premier est l'ouverture de la succession en Tunisie, le deuxième est l'existence de biens meubles ou immeubles sur le territoire national. Ces deux critères ne constituent pas deux conditions cumulatives. De ce fait, le juge tunisien est compétent si l'un des deux rattachements est vérifié⁴²². Dans ce jugement, le tribunal a bien consacré la dualité des rattachements. Mais, il a appliqué le deuxième critère. Il n'a pas fait référence au certificat présenté par les héritiers attestant que le *de cuius* avait son dernier domicile en Tunisie. On peut en conclure qu'il avait préféré le deuxième critère⁴²³. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Tunis. Elle admet, d'une part, l'indépendance des rattachements. Elle adopte, d'autre part, le deuxième critère pour fonder sa compétence⁴²⁴. Mais, cet arrêt de la Cour d'appel a été cassé: la Cour de cassation a consacré la solution contraire dans son arrêt précité⁴²⁵. Toutefois, à l'occasion du deuxième pourvoi en cassation, la Cour a changé de position, et a adopté celle consacrée par les juges de fond⁴²⁶. Elle prévoit que d'après l'article 6-3 CDIP, l'existence des meubles sur le territoire tunisien justifie la compétence des juridictions tunisiennes⁴²⁷. Les juges de la Cour régulatrice n'ont pas pu

⁴²² Jugement du tribunal de première instance de Tunis, n° 42445, du 02 décembre 2003, inédit, (Annexe n°7).

" حدّد الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص اختصاص المحاكم التونسية في مادّة التركات بناء على معيارين اثنين: الأول افتتاح التركة بالبلاد التونسية والثاني ارتباط الدعوى بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية و هذين المعيارين غير متلازمين، بمعنى أنّ توفّر أحدهما يغني عن الآخر "

⁴²³ S. BEN ACHOUR, "Les successions internationales...", article précité, p.248.

⁴²⁴ Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, du 28 avril 2005, inédit (Annexe n°8).

⁴²⁵ Cassation civile, n° 5128, précitée.

⁴²⁶ Cassation civile, n° 18709/18400, du 02 juillet 2008, inédit, (Annexe n°9).

" يؤخذ من ذلك (الفقرة الثالثة من الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص) أنّ المحاكم التونسية تنظر في دعاوى المتعلقة بالتركة في صورتين: الأولى إذا افتتحت بالبلاد التونسية والصورة الثانية، وجود عقار أو منقول مشمول بالتركة انتقلت ملكيته بالإرث بالبلاد التونسية "

⁴²⁷ Cass. civ., n° 18709/18400, précitée.

s'accorder sur une solution unique. Ils adoptent des positions contradictoires dans la même affaire.

170. Malgré ce débat jurisprudentiel, la dualité des critères est l'interprétation la plus appropriée à l'article 6-3 CDIP. La solution contraire constitue une interprétation abusive et contraire à la volonté du législateur. A cet égard, la Cour de cassation rappelle qu'il est légalement prohibé de dénaturer les dispositions d'un texte juridique dont les termes sont explicites⁴²⁸. Dans ce cas, la compétence des tribunaux nationaux est justifiée, non pas parce que le dernier domicile du défunt est sis en Tunisie, mais c'est dû à l'existence des (ou d'une partie) biens héréditaires sur le territoire tunisien⁴²⁹. La compétence des juridictions tunisiennes s'effectue dans ce cas au titre *de for de situation*. Aucune distinction n'est faite selon la nature des biens⁴³⁰. La jurisprudence considère que la succession est une unité indissociable ce qui justifie l'extension de la compétence des tribunaux tunisiens à toutes ses composantes situées en Tunisie⁴³¹.

Cette solution se confronte à celles des droits scissionnistes tel que le droit anglais. La majorité de ces systèmes juridiques, soumettent les meubles à la compétence des tribunaux du dernier domicile du *de cuius*. Il est fort possible que cette opposition entraîne une concurrence entre les juridictions du dernier domicile du défunt et celles du lieu de situation des meubles⁴³². A l'occasion de l'affaire *Naâs*⁴³³, la Cour de cassation a affirmé que la compétence des tribunaux nationaux de connaître des meubles et des immeubles se situant sur le territoire tunisien est d'ordre public⁴³⁴.

" ويكون بذلك قد اتّصل القضاء بخصوص اختصاص المحاكم التونسية طبق الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص بالإعتماد على عنصر الإسناد المتمثّل في ارتباط التركة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية، و المتمثّل في قضية الحال في الحصص الإجتماعية التي يملكها الهالك في التركة "

⁴²⁸ Cassation civile, n° 6396, du 18 février 1969, *Bull.*, p 25.

" من الممنوع قانونا تغيير حكم النصّ ذاته إذا كان صريحا في مدلوله "

⁴²⁹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op.cit., p 142.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, n° 47138, du 29 mai 2007, inédit (Annexe n°3).

⁴³² R. BOUKHARI, op.cit., p.11.

⁴³³ Cass. civ. n° 2830, précitée.

⁴³⁴ Ibidem.

171. Ce rattachement au lieu de situation des biens successoraux n'a pas manqué aux critiques. En effet, si la compétence des tribunaux tunisiens est justifiée pour les immeubles situés en Tunisie elle reste douteuse pour les meubles.

172. S'agissant des immeubles, la compétence exclusive édictée en matière immobilière⁴³⁵ pourrait expliquer la position du juge tunisien de connaître des actions successorales y afférentes quelque soit le lieu d'ouverture de la succession. Ce fondement bien qu'admis par la jurisprudence tunisienne doit être écarté.

173. S'agissant des meubles, il n'est pas évident de s'attacher à la compétence du juge tunisien sur la base de leur existence sur le territoire national. Cette position peut se fonder aussi sur la proximité entre le meuble et le territoire sur lequel il se trouve, mais cet argument n'est pas irréfutable. D'abord, parce que la matière mobilière n'est pas liée au principe de la souveraineté étatique. Ensuite, on ne doit pas nier la compétence des tribunaux du dernier domicile du défunt. En effet, le meuble ne se caractérise pas par la stabilité et le rattachement à un territoire précis. Au contraire, leur amovibilité permet de les déplacer d'un pays à un autre entraînant la fraude à la compétence internationale. Il suffirait de modifier le critère de rattachement pour s'évader de la compétence d'une juridiction particulière qui ne plairait pas aux héritiers⁴³⁶. Même en absence de fraude, le changement de l'emplacement du meuble au cours du procès, affecterait la compétence du juge tunisien. L'action fondée sur l'existence du meuble en Tunisie ne le sera plus s'il est déplacé hors du territoire tunisien. C'est ce qui a emmené certains auteurs à se demander si cette compétence est vraiment objective ? La réponse est certainement par la négative. Le rattachement

⁴³⁵ Sur la question de la compétence exclusive des tribunaux tunisiens, voir : N. GARA, "Les cas de compétence internationale exclusive des juridictions tunisiennes", in: *La passion du droit, Mélanges en l'honneur du professeur M. L. HACHEM*, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Orbis, 2006, p.330 et s.

⁴³⁶ A. MEZGHANI, *Droit international privé*, op.cit., p.365.

s'avère artificiel⁴³⁷. D'ailleurs, on peut se demander si les tribunaux tunisiens demeurent compétents malgré le déplacement du bien à l'étranger ?

Les solutions sont contradictoires. Certains auteurs pensent que le juge tunisien doit maintenir sa compétence vu que l'appréciation du critère s'effectue au moment de l'introduction de l'action. Toute modification survenant ultérieurement n'a aucun effet sur l'office du juge⁴³⁸. En revanche, d'autres auteurs pensent que la compétence devient artificielle et sans raison ce qui doit emmener le juge à se déclarer incompétent⁴³⁹.

Une partie de la doctrine tunisienne estime que le rattachement de l'existence des biens en Tunisie assure l'efficacité des jugements tunisiens, puisqu'ils seront immédiatement exécutés sur les meubles en question, sans nécessité de passer par la procédure de l'exequatur⁴⁴⁰. Cet argument, aussi pertinent soit-il, est discutable. En effet, l'efficacité des jugements est limitée par la mobilité des biens. Il est très aisé de déplacer le bien pour échapper à l'exécution⁴⁴¹.

174. Ce débat et cette imprécision sur le nombre et l'étendu des rattachements ont amené le législateur tunisien à envisager la modification du code de DIP. La nouvelle règle proposée est la suivante: "*Article 6 : Les tribunaux tunisiens connaissent aussi : (...) 4- des actions relatives à :*

- *une succession ouverte en Tunisie, sous réserve d'une compétence exclusive revendiquée par les juridictions de l'État étranger de la situation de l'immeuble ;*

- *une succession se rapportant à des biens meubles ou immeubles situés en Tunisie.*

⁴³⁷ L. CHEDLI et M. GHAZOUANI, op.cit., p 126.

⁴³⁸ C'est d'ailleurs la position du droit belge avant l'entrée en vigueur du Règlement sur les successions, le droit belge adoptait la même position dans l'article 77 du CDIP belge en disposant que la demande "*porte sur des biens situés en Belgique lors de son introduction*".

⁴³⁹ هشام خالد، الاختصاص القضائي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 380.

⁴⁴⁰ F. Boulanger, Les successions internationales, *problèmes contemporains*, Economica, 1981, p. 30.

⁴⁴¹ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، الدار الجامعية، 1986، ص 516.

La Tunisie est réputée lieu d'ouverture de la succession si le de cujus y avait son dernier domicile"⁴⁴².

L'analyse de cette proposition aboutit aux résultats suivants: en premier lieu, cette nouvelle disposition vient se prononcer d'une manière définitive sur la signification du *lieu d'ouverture de la succession* en consacrant la position majoritaire doctrinale et jurisprudentielle. Une fois l'avant projet voté et approuvé, *lieu d'ouverture de la succession* équivaldrait *dernier domicile du défunt*, et donc *dernière résidence habituelle du défunt* comme a été précédemment démontré.

En second lieu, on remarque que les rédacteurs de l'avant projet de réforme ont gardé la dualité des rattachements en ajoutant une réserve se rapportant à la compétence exclusive d'un for étranger⁴⁴³, mais avec la modification de la forme et de la formulation de ces rattachements. En effet, dans la version actuelle de l'article 6-3 CDIP, les deux critères sont liés par la conjonction de coordination "ou" et cités dans la même phrase. Alors que dans la version de l'avant projet, la conjonction disjonctive a disparu. Les deux critères sont séparés et sont présentés dans deux alinéas différents. Cette modification de la formulation de l'article entraîne certainement une interprétation différente. En effet, il semble que la volonté des rédacteurs de l'avant projet de réforme s'est orientée vers l'élargissement de la compétence internationale des juridictions tunisiennes en matière successorale. Par conséquent, celles-ci sont compétentes si le défunt avait son dernier domicile en Tunisie. Elles sont aussi compétentes, dans le cas où le défunt n'a pas de domicile en Tunisie, sur la base de l'existence de biens successoraux sur le territoire du for, quelle que soit leur nature. Le doute ne persiste donc plus: le législateur admettrait (une fois le projet approuvé) deux critères de rattachement distincts.

Le troisième constat est en rapport avec le système successoral adopté: unité ou scission? Les rédacteurs de l'avant projet n'en précisent rien. Il est aussi

⁴⁴² V. Annexe n°1.

⁴⁴³ Celle-ci sera analysée ultérieurement.

regrettable que surprenant que ces rédacteurs aient gardé le silence sur cette question cruciale, eu égard surtout au grand débat⁴⁴⁴ qu'elle avait généré. En essayant de déterminer l'étendue de cet article, l'interprétation n'est pas du tout certaine. Eu égard à la généralité des termes du premier critère (*une succession ouverte en Tunisie*) et en l'absence de toute autre précision supplémentaire, on peut admettre que les rédacteurs de l'avant projet ont choisi de consacrer le principe de l'unité successorale. Mais cette lecture est mise en échec lorsqu'elle est conjuguée avec celle du second alinéa (*une succession se rapportant à des biens meubles ou immeubles situés en Tunisie*), au vu duquel il n'est aucunement permis de conclure au choix de l'unité. S'agit il donc d'un principe et d'une exception? Ou bien d'une règle générale et d'une règle subsidiaire à l'instar du Règlement européen? Ainsi, le principe adopté serait l'unité successorale. Cette unité connaîtra une limite et sera rompue en cas d'existence de biens successoraux sur le territoire tunisien. Si c'est la bonne interprétation, n'est il pas judicieux de la préciser d'une manière claire et non équivoque? On estime que la nouvelle règle apporte autant de problèmes d'interprétation et de lacunes que la règle actuelle. Les deux dispositions manquent de lisibilité et d'intelligibilité, mettant en péril, le principe de la sécurité juridique. Ce constat se confirmera avec l'étude des règles juridiques visant la détermination de la loi applicable en matière successorale.

B- L'imprécision de la loi applicable en matière successorale

175. La règle de conflit de lois régissant les successions internationales est encore plus ambiguë que celle relative à la compétence internationale. L'incertitude concerne le rattachement adopté (1), ainsi que l'étendue de la règle régissant la loi applicable (2).

⁴⁴⁴ L. CHEDLY, " Les successions en droit international privé tunisien": la compétence internationale", in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et L. CHEDLY, Latrach Éditions, 2015, p. 201 et suiv.

1- L'incertitude du rattachement de la loi applicable en matière successorale

176. En traitant de la question de la loi applicable à la succession, le législateur a choisi de recourir à la technique des règles composées⁴⁴⁵. Cette technique suppose la multiplicité des critères de rattachement par opposition à la perception traditionnelle qui caractérisait la législation de droit international privé tunisien dans le décret du 12 juillet 1956. Ce dernier ne prévoyait que la loi nationale pour régir les matières du statut personnel, dont la matière successorale.

L'article 54 CDIP⁴⁴⁶ prévoit, dans son premier alinéa, trois critères de rattachements possibles : la nationalité, le domicile et la *lex situs*. Le législateur utilise la conjonction de coordination "ou" mais ne précise pas le critère de choix entre ces trois rattachements donnant lieu à plusieurs interprétations doctrinales⁴⁴⁷ et jurisprudentielles.

177. Selon une première position, les trois rattachements sont placés dans un ordre de priorité: un rattachement est applicable à défaut de la réalisation de celui qui le précède. Le juge doit donc appliquer la loi interne de la nationalité du *de cuius* au moment de son décès. A défaut de nationalité, il appliquera la loi de son dernier domicile. En absence de la nationalité et du domicile, le juge appliquera la loi de situation des biens héréditaires. La loi de la nationalité est donc le rattachement de principe et son application est prioritaire par rapport aux deux autres rattachements⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ R. BOUKHARI, *Le statut personnel à l'épreuve de la codification de droit international privé (étude de conflits de lois)*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Tunis-El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2007-2008, p.45.

⁴⁴⁶ L'article 54 CDIP dispose que: "*La succession est soumise à la loi interne de l'État dont le de cuius a la nationalité au moment du décès ou à la loi de l'État de son dernier domicile ou à la loi de l'État dans lequel il a laissé des biens*

Lorsque la loi applicable à la succession n'attribue pas des biens situés en Tunisie à une successible personne physique, ces biens seront attribués à l'État tunisien".

⁴⁴⁷ A. MEZGHANI, "La conjonction disjonctive "ou" de l'article 54 du code de droit international privé. Créer les ambiguïtés plutôt que de les lever?", in *La diversité dans le droit, Mélanges offerts à la Doyenne KALTHOUM MEZIOU-DORAI*, CPU, 2013, p. 703.

⁴⁴⁸ M. BEN MOUSSA, op. cit., p.470.

Cette interprétation semble celle adoptée par le législateur, bien qu'il ne l'a pas expressément admis. En effet, dans le cadre des délibérations de la chambre des députés, et en réponse à la question sur le critère de choix entre les trois rattachements, le Ministère de la justice considéra que les règles générales d'interprétation des textes imposent au juge d'observer le rang dans lequel les rattachements sont classés. C'est ainsi qu'il ne pourrait passer d'une règle à une autre qu'à défaut de la première⁴⁴⁹. C'est ce que conçoit la pratique jurisprudentielle en Tunisie et aux pays consacrant le principe de séparation des pouvoirs. Sans comprendre l'utilité de la référence à la séparation des pouvoirs, on peut déduire la volonté du législateur d'adopter des rattachements hiérarchiques.

Pour le Professeur A. MEZGHANI, c'est l'unique interprétation qui pourrait être retenue⁴⁵⁰. Il considère que l'article 54 s'inspire de la solution consacrée dans la convention de New York du 26 septembre 1954 sur les apatrides⁴⁵¹. De plus, ledit article ne contient aucun objectif matériel ce qui rend la règle hiérarchisée.

Cette interprétation ne peut être facilement avalisée car le législateur aurait pu adopter une phraséologie plus claire comme il l'a fait notamment pour les articles 47 et 49 CDIP. Ces deux textes ont indubitablement une structure hiérarchisée en cascade⁴⁵². C'est pourquoi on a critiqué cette position, en admettant que "*ce texte ne précise pas que la loi du dernier domicile du de cujus ne s'applique qu'en l'absence d'une loi nationale et que la loi de l'État où se*

⁴⁴⁹ Délibérations de la chambre des députés, op. cit., p250.

" إن القواعد العامة المعتمدة في تفسير النصوص القانونية تفرض على القاضي اتباع الترتيب الوارد في النص القانوني إذ لا ينتقل من قاعدة قانونية إلى أخرى واردة في النص الواحد إلا إذا وجد هناك حائل يمنعه من تطبيق القاعدة القانونية الأولى الواردة في الذكر وهو ما درج عليه فقه القضاء سواء بالبلاد التونسية أو بغيرها من البلاد التي تعتمد نظام التفريق بين السلط الثلاث التنفيذية و التشريعية و القضائية احتراماً لإرادة المشرع "

⁴⁵⁰ A. MEZGHANI, "La conjonction disjonctive "ou"...", article précité, p. 705.

⁴⁵¹ Convention ratifiée par la loi n° 69-27 du 9 mai 1969, JORT., n°19 du 13 mai 1969, p. 13 (l'article 12 de ladite convention).

⁴⁵² L'article 47 C.D.I.P. dispose que « *Les obligations respectives des époux sont régies par leur loi nationale commune. Si les deux époux n'ont pas la même nationalité, la loi applicable est celle de leur dernier domicile commun ou, à défaut, de celui-ci, la loi du for* ».

L'article 49 C.D.I.P. a la même structure avec l'utilisation à chaque fois de l'expression « à défaut ».

trouvent les biens successoraux ne s'applique qu'à défaut d'existence d'un dernier domicile. En plus, à supposer que le texte pose une règle de conflit de lois hiérarchisée, il ne s'appliquerait qu'aux rares hypothèses où le de cujus serait apatride"⁴⁵³. La loi nationale devrait être, selon cette interprétation le rattachement de principe. Or, rien dans l'article 54 ne le prouve.

En outre, le même auteur adopte une approche différente s'agissant de la règle relative à la forme du testament objet de l'article 55 § 2 CDIP. Ayant la même formulation que celle de l'article 54 du code, l'interprétation qui lui a été donnée est cependant, celle d'une règle de rattachement à critères alternatifs⁴⁵⁴. Cette opinion n'a pas été à l'abri des critiques, puisque pour deux règles ayant la même structure on ne pourrait adopter deux analyses différentes⁴⁵⁵. Par ailleurs, l'insertion de la *lex situs* semble dépourvue d'utilité. C'est ce que note la majorité des auteurs⁴⁵⁶. Il est déjà rare qu'une personne ne porte aucune nationalité. Il est encore plus rare qu'elle n'ait aucun domicile, surtout que le législateur tunisien adopte une définition extensive de la notion de domicile. D'où la deuxième interprétation.

178. Selon une seconde opinion, la structure de l'article 54 CDIP fait penser aux rattachements alternatifs. Ces derniers permettent d'orienter le choix du droit applicable vers une loi favorisant un résultat matériel que le législateur entend valoriser. Le code de droit international privé tunisien contient des règles à structure alternative. Citons par exemple, l'article 50 CDIP⁴⁵⁷ se rapportant à la garde après divorce. Donnant le choix entre trois lois possibles, le texte dispose dans son deuxième alinéa que "*le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant*". On note que le législateur précise l'objectif suivant lequel le juge

⁴⁵³ S. BEN ACHOUR, "Les successions internationales...", article précité, p.255.

⁴⁵⁴ L'article 55 § 2 dispose que « *la forme du testament est soumise à la loi nationale du testateur ou à celle du lieu où il est établi* ».

⁴⁵⁵ R. BOUKHARI, thèse précitée, p. 53.

⁴⁵⁶ A. BEN KHAMASSI, article précité, p 425; A. MEZGHANI, *Commentaires...*, p. 131.

⁴⁵⁷ L'article 50 du CDIP dispose que: "*La garde est soumise, soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la nationale de l'enfant ou de son domicile. Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant*".

choisira la loi applicable. C'est le cas aussi de l'article 52⁴⁵⁸ du code. Il traite de l'établissement de la filiation. Le juge devra sélectionner la loi la plus favorable à l'établissement du lien de parenté. Concernant l'article 54 CDIP, le législateur n'en précise aucun résultat matériel à atteindre. Cet article *"ne peut en aucun cas être rattaché à la technique des critères alternatifs, puisque lui fait défaut la détermination des objectifs de justice matérielle recherchés"*⁴⁵⁹. En outre, certains auteurs pensent qu'il n'y a aucune raison pour préférer une loi à une autre⁴⁶⁰. Il n'y a aucun intérêt à préserver et aucune personne à protéger. D'ailleurs, les critères de la nationalité et du dernier domicile ne s'apprécient que par rapport à la personne du défunt. Pour le critère de la *lex situs*, celui-ci n'a pour avantage que de faciliter la transmission successorale et pour une partie de la doctrine, pour des raisons de souveraineté⁴⁶¹. D'autres auteurs pensent *"qu'il n'est pas toujours vrai que le législateur envisage par l'emploi de cette technique la réalisation d'un objectif matériel"*⁴⁶². Ils appuient leur idée sur deux illustrations internationales à savoir l'article 16 al. 1er des dispositions préliminaires du code civil italien de 1938⁴⁶³ et l'article 21 du code civil syrien⁴⁶⁴.

Cependant, l'admission d'une telle approche entraîne des inconvénients d'ordre pratique. Le juge tunisien serait, dans ce cas, tenté d'appliquer

⁴⁵⁸ L'article 52 CDIP dispose que: *"Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation de l'enfant, entre :*

- la loi nationale du défendeur ou celle de son domicile, la loi nationale de l'enfant ou celle de son domicile.

- la contestation de la filiation est soumise à la loi en vertu de laquelle celle-ci est établie".

⁴⁵⁹ A. MEZGHANI, *Commentaires....*, op. cit., p. 131.

⁴⁶⁰ M. BEN MOUSSA, op. cit., p. 469.

⁴⁶¹ N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 59.

⁴⁶² R. BOUKHARI, thèse précitée, p.50.

⁴⁶³ Cet article dispose que: *"la forme des actes entre vifs et des actes de dernière volonté est réglée soit par la loi du lieu où l'acte est accompli, soit par la loi qui régit la substance de l'acte, soit par la loi nationale du disposant ou par celle des contractants si elle leur est commune "*.

⁴⁶⁴ Cet article prévoit ce qui suit : *"les actes entre vifs seront soumis, quant à leur forme à la loi du lieu où ils étaient accomplis, ils peuvent également être soumis à la loi qui les gouverne quant au fond, comme ils peuvent être soumis à la loi du domicile des parties ou à leur nationalité commune"*.

systématiquement la loi tunisienne lorsqu'elle serait l'une des lois applicables, ce qui est souvent le cas. La faille de l'article 54 CDIP pourrait engendrer le risque d'un choix arbitraire du rattachement applicable et d'ouvrir la porte au *lex forism*. Dire que la règle est alternative même en cas d'absence d'un critère clair de choix est de nature à conférer au juge un large pouvoir discrétionnaire. Cela pourrait affecter gravement la sécurité et la certitude juridiques⁴⁶⁵. Le doute persiste à cause de cette rédaction "*défectueuse*"⁴⁶⁶. Ne pouvant approuver ni l'une ni l'autre des positions, une autre partie de la doctrine soutient qu'il s'agit d'une disposition simplement optionnelle.

179. La dernière position doctrinale admet que l'article 54 CDIP comporte des dispositions à caractère optionnel. Ces dernières confèrent un droit d'option à une personne déterminée pour choisir la loi applicable. Tout comme les règles alternatives, ce choix s'effectue généralement selon un objectif matériel. Le code de DIP contient de telles règles comme par exemple l'article 72 CDIP⁴⁶⁷ régissant la responsabilité du fait d'un produit. La personne bénéficiant du choix est la victime du fait des produits. L'objectif recherché est la protection de la victime, c'est pourquoi elle peut choisir entre les quatre critères offerts par la loi qui assurerait un meilleur dédommagement.

La structure de l'article 54 CDIP est totalement différente de celle de l'article précité. Cet article ne précise aucun résultat matériel à atteindre. Il n'y a aucun intérêt et aucun bénéficiaire de la succession à protéger. De plus, l'article 54 n'appelle aucune personne à effectuer un choix. Il est donc difficile de voir dans les dispositions de ce texte des règles optionnelles puisque y fait défaut les éléments nécessaires à une telle qualification.

⁴⁶⁵ A. BEN KAHMMASSI, précité, p.424.

⁴⁶⁶ M. MIDOUNI, "Les maux de la loi, brefs propos au sujet de la production législative", in Mélanges en l'honneur du Doyen SADOK BELAID, C.P.U., Tunis, 1994, p. 577.

⁴⁶⁷ L'article 72 C.D.I.P. dispose que: "*La responsabilité du fait d'un produit est, au choix de la victime, régie par le droit de :*

- 1- *L'État dans lequel le fabricant a son établissement, ou bien son domicile,*
- 2- *L'État dans lequel le produit a été acquis (...)*
- 3- *L'État où s'est produit le fait dommageable,*
- 4- *L'État où la victime a sa résidence habituelle "*

On conclut de tout ce qui précède, qu'il est bien difficile d'attribuer une interprétation certaine à l'article 54 CDIP. Les positions doctrinales se sont diversifiées, et aucune d'entre elles n'a pu échapper aux critiques. Le texte reste cependant le siège de la matière et constitue la règle devant être appliquée par le juge. La jurisprudence tunisienne s'est aussi intervenue pour l'interprétation de cet article, mais elle était encore plus "perplexe".

180. Sur le plan jurisprudentiel, le caractère optionnel de l'article 54 CDIP a été défendu tant par les juges de fond que par la Cour de cassation. C'est ce qui ressort de l'affaire *Zeinal Zade*. Cette option n'est cependant pas offerte aux parties mais au juge. Celui-ci a donc la faculté de sélectionner la loi qui lui semble la plus adéquate pour s'appliquer au litige. Pour le tribunal de première instance, appuyé par la Cour d'appel⁴⁶⁸, l'article 54 CDIP permet de choisir entre trois critères de rattachement pour l'application de la loi tunisienne⁴⁶⁹.

La Cour de cassation, encore plus explicite, affirme que l'ordre dans lequel sont prévus les trois critères de rattachements n'est pas un ordre de priorité et que les dispositions de l'article 54 CDIP n'ont pas le caractère de la règle hiérarchisée en cascade. Le texte a donné la faculté aux juges de choisir la loi qui serait la plus adéquate pour régir le litige en question⁴⁷⁰. A l'occasion du second pourvoi en cassation, la Cour de cassation consacre toujours le caractère optionnel de la règle et ce, en confirmant la position du premier arrêt⁴⁷¹.

181. Cette solution n'a pas été approuvée par tous les juges, puisqu'une autre partie de la jurisprudence opte pour le caractère hiérarchique du texte

⁴⁶⁸ و حيث يؤخذ من الفصل المتقدم ذكره أن المشرع التونسي أخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة عند توفر أحد المعايير الثلاثة الواردة به".

⁴⁶⁹ "و حيث حدد الفصل 54 ثلاث معايير لتطبيق القانون التونسي وهي قانون جنسية الهالك أو قانون آخر مقر أو قانون الدولة التي ترك فيها الهالك أملاكاً".

⁴⁷⁰ و حيث يستخلص مما سبق بيانه أن طلب التصريح بافتتاح التركة في قضية الحال ينظمه الفصلان 54 و 6 من مجلة القانون الدولي الخاص و قد أورد الفصل 54 حالات القانون المنطبق و لم يكن ترتيب و رودها و تعدادها على وجه التفصيل و الأسبقية الملزمة و إنما على سبيل ترك خيار القانون المنطبق للمحكمة المتعده بالنظر لاعتماد القانون الأفضل و أكثر نجاعة في تطبيقه".

⁴⁷¹ حيث أن محكمة القرار المنتقد بعدم التفاتها لما تمسك به الطاعنون بخصوص تحديد القانون المنطبق على النزاع بالرجوع إلى الجنسية و عدم أخذها بعين الإعتبار لمنازعة الطاعنين في مقر الهالك تكون قد أحسنت تطبيق القانون لإتصال القضاء بخصوص أن القانون المنطبق هو القانون التونسي تطبيقاً لأحكام الفصل 54 م.ق.د.خ. و ذلك بصدور القرار التعقيبي عدد 5128 الذي أقر بأن القانون التونسي هو المنطبق استناداً للفصل 54 م.ق.د.خ. و أن ما تمسك به الطاعنون بخصوص ذلك غير حري بالإعتبار".

régissant la matière des successions internationales. L'affaire « *Zeinal Zade* » portée pour la deuxième fois devant la Cour de cassation, a été renvoyée devant une nouvelle Cour d'appel.

La solution à laquelle aboutit l'arrêt ne diffère en rien de celle prononcée précédemment, cependant, la juridiction de renvoi suit un raisonnement différent. Elle ne partage pas les positions précédentes, puisqu'elle considère que la doctrine s'accorde sur le fait que l'utilisation de la conjonction de subordination *ou* ne reflète pas l'intention législative de conférer un choix quelconque. En effet, admettre une telle solution suppose la préférence d'une loi à une autre, alors qu'il n'y a aucune raison pour un tel privilège. Le législateur entend instaurer un ordre bien déterminé que le juge doit respecter. C'est ainsi qu'il faut suivre le rang dans lequel les trois critères sont prévus. De ce fait, on ne peut passer d'un rattachement à un autre qu'en cas de non réalisation du critère précédent⁴⁷².

La Cour affirme donc clairement que la règle prescrite par l'article 45 est hiérarchisée en cascade. Une telle démarche doit déboucher naturellement à un résultat bien déterminé: l'article 54 CDIP prévoit trois rattachements à savoir : la nationalité du *de cuius*, son dernier domicile et le lieu de situation de ses biens. Ainsi, les juges d'appel doivent normalement considérer la nationalité du défunt étranger, ce qui mènera certainement à l'application d'une loi étrangère. Ils ne pourront passer au second critère qu'en cas d'impossibilité d'appliquer le premier. En d'autres termes, ils n'appliqueront le critère du domicile que s'il s'avère que le *de cuius* est apatride. Mais est ce que la Cour d'appel a été fidèle à son propre raisonnement ? Est-ce qu'elle a consacré la solution logique à laquelle il doit aboutir ?

La réponse est par la négative. Dans cette affaire, les juges excluent les critères de la nationalité et de la loi de situation des biens héréditaires et appliquent la loi du dernier domicile du défunt. Peu importe les justifications de

⁴⁷² "وحيث و من المتفق عليه بين شراح القانون أن استعمال المشرع لأداة العطف "أو" لا يعني الخيار لأنه يقتضي تفضيل قانون على آخر و الحال أنه لا مبرر لذلك التفضيل و بالتالي فإن ما أورده ذلك الفصل يفرض اتباع الترتيب الوارد به و لا يتم الإنتقال من قاعدة قانونية إلى أخرى واردة بالنص المذكور إلا إذا وجد مانع يحول دون تطبيق القاعدة السابقة في الذكر".

l'expulsion du premier et du troisième critère, il va sans dire que la Cour n'a pas suivi son raisonnement juridique jusqu'au bout. Ce qui rend sa décision critiquable. En effet, puisque la Cour s'aligne sur cette position particulière, on s'attend à ce que la loi applicable soit celle de la nationalité du défunt. Celui-ci ayant quatre nationalités différentes, on choisira comme l'affirme la majorité de la doctrine⁴⁷³, la dernière acquise par le *de cuius*. Or, la Cour considère que puisque le défunt était plurinational, elle est dans l'impossibilité d'appliquer le critère de la nationalité. Les juges n'arrivent pas à déterminer la nationalité dont la loi doit être mise en œuvre. Ce qui reflète en réalité, leur intention d'appliquer le critère qui mènera à la loi tunisienne. D'où l'approche nationaliste de la Cour. Le critère du domicile permet aux juges de fond d'étendre leur compétence à l'ensemble des biens héréditaires quelque soit le lieu de leur situation.

2- L'incertitude de l'étendue de la loi applicable à la succession

182. S'est posée la question complexe de l'étendue de l'article 54 CDIP: le législateur tunisien adopte-t-il le principe de l'unité ou du morcellement? Cette question a aussi occasionné des positions doctrinales et jurisprudentielles divergentes.

183. En utilisant simplement le terme *succession*, le législateur ne donne aucune indication sur l'étendue de la compétence de la loi nationale et aucune précision sur les composantes de l'héritage soumises à cette loi.

Une partie de la doctrine explique le silence du législateur par le fait qu'il a donné au juge le pouvoir discrétionnaire pour décider de la loi applicable aux termes de l'article 26 CDIP qui dispose que : "*Lorsque le rapport juridique est international, le juge fera application des règles prévues par le présent code, à défaut de règles, il dégagera la loi applicable par une détermination objective de la catégorie juridique de rattachement*". Le juge aura, dans ce cas, recours aux principes généraux de droit international privé. Ces principes attribueront la

⁴⁷³ J. J. ABDERRAHMANE, op. cit. (en arabe), p. 276.

compétence dans cette hypothèse, à la loi de l'État où se trouve la partie la plus importante de la succession⁴⁷⁴. A l'issue de cette position, en cas de l'éparpillement des biens successoraux sur plusieurs États, et au cas où la partie la plus importante de ces biens se situe en Tunisie, c'est la loi tunisienne qui serait applicable à la succession du défunt étranger. Sa loi nationale sera évincée au profit de la loi de situation des biens⁴⁷⁵.

184. Bien qu'ils admettent que l'article 54 CDIP ne distingue pas selon la nature du bien⁴⁷⁶, certains auteurs considèrent que la distinction entre meubles et immeubles s'impose en adoptant les justifications du droit comparé. D'abord, pour des raisons "*d'ordre plus technique*"⁴⁷⁷: en effet, la *lex rei sitae* se justifie pleinement pour les immeubles, vu le lien entre la succession immobilière et le régime de la propriété ainsi que de la publicité foncière. Ces exigences ne se posent pas pour les meubles. Ensuite, pour "*la commodité du règlement successoral*"⁴⁷⁸, puisque dans la plupart des législations, compétence judiciaire et législative sont liées. Il serait donc plus judicieux, de soumettre les meubles à une loi unique, qui serait celle de la loi personnelle du *de cuius*.

185. D'après une partie de la jurisprudence, le choix du rattachement doit mener nécessairement à l'application de la loi nationale. C'est ce qu'affirme le tribunal de première instance de Tunis dans l'affaire *Zeinal Zade* en ces termes : "*le choix entre les trois rattachements prévus doit conduire le juge à faire application de la loi tunisienne*"⁴⁷⁹. Pour les juges du fond, les trois rattachements prévus par l'article 54 CDIP sont des critères d'application de la loi tunisienne. C'est ainsi qu'entre les trois critères prévus par l'article controversé, le tribunal de première instance retient le deuxième à savoir celui du

⁴⁷⁴ M. BEN MOUSSA (en arabe), op. cit., p 470.

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ A. BEN KHAMASSI, article précité, p.423.

⁴⁷⁷ F. BOULANGER, *Les successions internationales*, op. cit., p. 39.

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ Tribunal de première instance de Tunis, n° 42445, du 2 décembre 2003 (non publié) ; traduction de Souhayma Ben Achour, op. cit., p. 255. Le texte arabe prévoit ce qui suit :

"و حيث حدد الفصل 54 ثلاث معايير لتطبيق القانون التونسي و هي قانون جنسية الهالك أو قانون دولة آخر مقر أو قانون الدولة التي ترك فيها أموالاً".

dernier domicile du défunt. Pour fonder sa position, il écarte en premier lieu le critère de la nationalité, car le *de cujus* en avait plusieurs et parce qu'elles mènent toutes à l'application de lois étrangères. Il constate en second lieu, que les biens du défunt sont éparpillés entre plusieurs pays, ce qui rend impossible la mise en œuvre du critère de la *lex situs*. Il affirme par conséquent, que ces deux rattachements ne peuvent s'appliquer à l'affaire en présence et que c'est uniquement le critère du dernier domicile qui peut être retenu⁴⁸⁰. La loi du domicile assure un meilleur règlement de la succession d'un étranger puisqu'elle permet d'appliquer la loi tunisienne à tous les biens successoraux.

Cette position est critiquable dans la mesure où elle constitue une déformation de la volonté du législateur ainsi que des objectifs du code de droit international privé, dont la principale finalité qui réside dans la conciliation entre les différents systèmes juridiques. Le législateur tunisien n'a, en aucun cas, cherché à favoriser l'ordre juridique du for.

186. La Cour d'appel adopte le même raisonnement, en considérant que l'expression "*droit interne*" que contient l'article 54 CDIP désigne le droit national, c'est-à-dire le droit tunisien. D'où, le rattachement qui doit être mis en œuvre est celui qui aboutit à l'application de la loi tunisienne⁴⁸¹. Mais à la différence du tribunal de première instance, la Cour d'appel retient deux critères de compétence du droit tunisien qui sont le dernier domicile du défunt et le lieu de situation des biens⁴⁸². Les conséquences d'adoption des deux rattachements ne sont cependant, pas les mêmes. En effet, l'application de la loi du domicile entraîne l'extension de la compétence législative du droit tunisien à toute la succession quelque soit le lieu de situation des biens. Tandis que le critère de la

⁴⁸⁰ "وحيث ثبت و أن الهالك كان يحمل عدة جنسيات عند وفاته كما أنه ترك أملاكاً بدول عدة و بالتالي فإن معيار قانون جنسية الهالك و قانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً لا ينطبقان في قضية الحال بينما آخر مقر للهالك واحد وهو البلاد التونسية مثلما تبينه شهادة الإقامة".

⁴⁸¹ Cour d'appel de Tunis, n° 12260, du 28 avril 2005.

"وحيث يؤخذ من الفصل المتقدم ذكره أن المشرع التونسي أخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة عند توفر أحد المعايير الثلاثة الواردة به و المشار إليها آنفاً و إذا توفر أحد هذه المعايير فإن القانون التونسي هو المنطبق على النزاع".
⁴⁸² "إن اعتماد آخر مقر للهالك و تركه لأمالك بالبلاد التونسية يجعل القانون التونسي هو المنطبق طبقاً للمعيارين المذكورين".

lex rei sitae ne le permet pas⁴⁸³. C'est ce qui a conduit la Cour à faire fonctionner le critère du domicile.

En réalité, la Cour du second degré a appliqué la *lex domicilii* en la consolidant par l'existence d'une partie de la succession sur le territoire tunisien⁴⁸⁴. La Cour voulait juste renforcer les fondements juridiques de sa décision.

187. Pour une autre partie de la jurisprudence, l'article 54 CDIP est une règle de conflit unilatérale, servant uniquement à délimiter le domaine d'application de la loi tunisienne et non pas à désigner la loi applicable. Cette interprétation a été partagée par une partie des juges de fond⁴⁸⁵ et de la Cour de cassation. Cette dernière en prévoit, cependant, des conséquences différentes.

Dans la même affaire *Zeinal Zade*⁴⁸⁶, la Cour de cassation semble opter pour la *lex situs* puisqu'elle conforte sa position par la mise en œuvre de l'article 58 CDIP⁴⁸⁷ relatif aux droits réels.

Certains auteurs ont critiqué la référence faite par ladite Cour à l'article 58 puisque le droit des successions et le droit des biens sont deux disciplines distinctes⁴⁸⁸ bien qu'ils entretiennent des liens étroits. Mais le choix fait par la Cour n'est pas sans raison. En effet, en attribuant une lecture unilatéraliste au texte, elle conclut que la loi tunisienne est compétente dès lors qu'il existe des biens en Tunisie. *A contrario*, la loi tunisienne ne pourrait recevoir application si la succession de l'étranger décédé en Tunisie est totalement située à l'étranger. En outre, la loi tunisienne n'est compétente que pour la partie de la succession

⁴⁸³ S. BEN ACHOUR, "Les successions en droit international privé...", précité, p.256

⁴⁸⁴ "وحيث ثبت من أوراق الملف حسبما تثبته شهادة الإقامة المسلمة بتاريخ 29 نوفمبر 2001 و ما تضمنه قرار المحكمة السويسرية الذي أكد أ، الهالك كان مقيما بتونس منذ سنة 1993 فإن عنصر الإقامة قد توفر كما توفر العنصر الأخير من الفصل 54 باعتبار ترك الهالك لمكاسب بتونس تتمثل في امتلاكه لأوفر الحصص م الشركة المشار إليها آنفا و عليه فإن اعتماد تطبيق القانون التونسي هو بلا شك سيكون حاسما لأي نزاع يمكن أن يثار بخصوص مخلف المتوفى".

⁴⁸⁵ Cour d'appel de Tunis, arrêt n° 12260 du 28 avril 2005 précité.

Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 42445, du 2 décembre 2003, précité.

⁴⁸⁶ La cassation du 9 mars 2006 précitée.

⁴⁸⁷ Cet article dispose que: " "La possession, la propriété et les autres droits réels sont régis par la loi de la situation du bien"

⁴⁸⁸ Ben Achour (S.), op. cit. p 257.

située sur le territoire tunisien. C'est ainsi que la Cour de cassation considère que l'extension du champ d'application de la loi tunisienne à toute la succession sans limiter sa compétence aux biens situés sur le territoire tunisien constitue une violation des articles 4 et 58 CDIP⁴⁸⁹.

Cette position est critiquable pour plusieurs motifs. En effet, l'article 4 CDIP régit la compétence juridictionnelle des tribunaux tunisiens et non pas la compétence législative. Ensuite, l'article 58 traite des droits réels et ne concerne pas les successions internationales, surtout que le législateur semble bien classer la matière successorale dans la catégorie du statut personnel.

188. Eu égard à toutes ces critiques, le législateur a aussi décidé de la refonte du régime juridique de la loi applicable aux successions internationales. Les rédacteurs de l'avant projet de réforme ont présenté la proposition suivante: "*Article 54 : La dévolution successorale est régie par la loi nationale du de cujus au moment du décès.*

Lorsque la loi applicable à la succession n'attribue pas des biens situés en Tunisie à un successible personne physique, ces biens seront attribués à l'État tunisien.

La gestion et la liquidation de la succession sont régies par la loi du dernier domicile du de cujus pour les meubles et la loi de la situation du bien pour les immeubles".

Il ressort de cette proposition, que les rédacteurs de l'avant projet de réforme ont adopté une approche complètement différente et incompréhensible.

L'approche est différente puisqu'ils ont écarté la règle de conflit à choix multiple. Ceci se justifie certainement par les inconvénients et les problèmes d'interprétation causés par le texte en vigueur.

L'approche est incompréhensible, car elle opère un fractionnement insensé du domaine de la loi successorale, en distinguant entre: la dévolution, la gestion

⁴⁸⁹ "إن التصريح بافتتاح التركة و تسمية مصف لها دون حصر مأموريته في المنقولات و العقارات التي توجد بالبلاد التونسية ينطوي على سوء تطبيق للفصلين 4 و 58 من مجلة القانون الدولي الخاص لأن المحكمة تجاوزت حدود اختصاصها فأخضعت كامل التركة بما في ذلك المخلف الموجود خارج البلاد التونسية من عقار ومنقول للقانون التونسي."

et la liquidation. Cette distinction entre les différentes questions successorales rappelle la tradition juridique des systèmes de *common law*. La disposition proposée n'est qu'une version déformée du système anglais de règlement successoral. Elle est déformée, car elle inverse la règle successorale anglaise en soumettant la dévolution à une loi unique (qui est la loi nationale), alors qu'elle soumet la gestion et la liquidation au principe du morcellement successoral. Elle est aussi déformée dans la mesure où elle utilise le terme *gestion* au lieu d'*administration*. Même en langue arabe, le terme *administration* (إدارة) est le terme adéquat qui est utilisé par le législateur et par la doctrine tunisienne⁴⁹⁰ en matière successorale, alors que le terme *gestion* (تصرف) ne reflète pas les opérations du règlement successoral, mais plutôt celles de la disposition du patrimoine⁴⁹¹. D'ailleurs, la loi n°97-71 du 11 novembre 1995, relative aux liquidateurs, mandataires de justice, syndics et administrateurs judiciaires, ne fait pas référence à la gestion de la succession, bien au contraire, l'article 8 de la loi précitée utilise expressément la notion d'*administration* en disposant que: "A défaut d'accord entre les héritiers sur la désignation de l'un d'entre eux pour l'*administration et la liquidation de la succession, chacun des cohéritiers peut requérir du Président du tribunal compétent de commettre par ordonnance, à la liquidation de la succession, un des liquidateurs inscrits sur la liste*". L'utilisation du terme *gestion* ouvrira la porte à plusieurs interprétations contradictoires et mettra en doute la portée de la règle successorale. Il constitue aussi une entrave à la coordination et à la coopération internationale, car aucun des systèmes comparés n'utilise cette terminologie.

On s'interroge aussi sur l'utilité de la dissociation du domaine successoral, alors que l'ordre juridique tunisien fait partie des systèmes des droits civils et non pas de la *common law*? Quelle et donc l'opportunité de consacrer partiellement et simultanément les deux principes de l'unité et du morcellement successoral, sans aucune fin claire et défendable.

⁴⁹⁰ حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، المواريث و التبرعات، الكتاب الأول: المواريث، مجمع الأطرش، 2017، ص 285 و ما بعد.

⁴⁹¹ Ibidem.

On se demande aussi sur l'adoption d'un pareil fractionnement pour la loi applicable, sans pour autant consacrer la même solution pour le texte régissant la compétence internationale. En effet, la discordance entre les deux compétences juridictionnelle et législative est l'une des critiques adressées à la législation actuelle. Cet avant projet de réforme n'a fait que la confirmer et la renforcer. En outre, ce nouvel article 54 serait une source de complication pour le juge tunisien qui n'est pas habitué à dissocier les questions successorales lors du règlement d'une succession. On estime que les rédacteurs de l'avant projet ont raté une belle occasion pour la création d'un cadre juridique intelligible, clair et mettant fin à toutes les controverses en étant explicite sur toutes les lacunes juridiques occasionnées par le texte actuel.

Section deuxième: La divergence quant au domaine de la loi successorale

189. Par domaine de la loi successorale, on entend les questions successorales régies par cette loi une fois désignée.

Les trois systèmes comparés n'y réservent pas le même régime juridique. En effet, le Règlement européen prévoit expressément un domaine très large à l'intervention de la loi successorale (**Paragraphe premier**). Ce domaine est *a priori* aussi large en droit tunisien (**Paragraphe deuxième**), mais il est manifestement morcelé en droit anglais (**Paragraphe troisième**).

Paragraphe premier: Le domaine de la loi applicable aux successions *ab intestat* dans le Règlement

190. La délimitation du domaine de la loi applicable à la succession nécessite tout d'abord la présentation du choix du législateur européen tendant à l'élargissement de la portée de la loi successorale (**I**) avant d'analyser les questions faisant partie de ce domaine (**II**).

I- L'élargissement du domaine de la loi successorale dans le Règlement

191. La portée de la loi applicable aux successions *ab intestat* est la même que le défunt ait ou non opté pour la loi applicable à sa succession comme le précise l'article 23 du Règlement⁴⁹².

Cet article est fortement inspiré de l'article 7⁴⁹³ de la convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et des articles de 80 à 82 du code de droit international privé belge⁴⁹⁴.

⁴⁹² L'article 23 paragraphe 1 sous a) dispose que: " 1. *La loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession*".

⁴⁹³ L'article 7 de la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort dispose que: " 1. *Sous réserve de l'article 6, la loi applicable selon les articles 3 et 5, paragraphe 1, régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.*

2. *Cette loi régit :*

a) *la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès, y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;*

b) *l'exhérédation et l'indignité successorale;*

c) *le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;*

d) *la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;*

e) *la validité au fond des dispositions testamentaires.*

3. *Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un État contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet État comme étant soumises à la loi successorale*".

⁴⁹⁴ Les articles 80, 81 et 82 du la loi portant le code de droit international privé belge disposent successivement ce qui suit:

L'article 80: " § 1^{er}. *Le droit applicable à la succession détermine notamment:*

1° *les causes et le moment de l'ouverture de la succession;*

2° *la vocation des héritiers et légataires, y compris les droits du conjoint survivant ainsi que les autres droits sur la succession qui naissent de l'ouverture de celle-ci;*

3° *la vocation de l'État;*

4° *les causes d'exhérédation et d'indignité successorale;*

5° *la validité au fond des dispositions à cause de mort;*

6° *la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;*

7° *la nature et l'étendue des droits des héritiers et des légataires, ainsi que les charges imposées par le défunt;*

8° *les conditions et les effets de l'acceptation ou de la renonciation, sans préjudice du §2;*

9° *les causes particulières d'incapacité de disposer ou de recevoir;*

Le domaine de la loi applicable à la succession dans le Règlement est très étendu en comparaison avec l'article 7 de la Convention de La Haye. D'ailleurs, outre le fait que l'article 23 entend s'appliquer à l'ensemble de la succession⁴⁹⁵, il cite la liste des questions régies par cette loi⁴⁹⁶.

192. Il appert de l'article 23 paragraphe 2, que cette liste n'est pas limitative mais elle est énonciative puisque cette disposition utilise l'adverbe

10° le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires.

§ 2. L'acceptation ou la renonciation à une succession a lieu selon le mode prévu par le droit de l'État sur le territoire duquel les biens qui en font l'objet sont situés au moment du décès, lorsque ce droit exige des formalités particulières. Les biens meubles sont réputés être situés au lieu de la résidence habituelle du défunt au moment du décès".

L'article 81: "*Le mode de composition et d'attribution des lots est régi par le droit de l'État sur le territoire duquel les biens sont situés au moment du partage*".

L'article 82: "*§ 1er. L'administration et la transmission de la succession sont régies par le droit applicable à la succession en vertu des articles 78 et 79.*

Par dérogation à l'alinéa 1er, l'administration ou la transmission d'un bien est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé, lorsque ce droit exige l'intervention d'autorités de cet État.

§2. Les pouvoirs d'une personne habilitée à administrer la succession en vertu du § 1er sont sans préjudice de ceux attribués en vertu d'une décision judiciaire rendue ou reconnue en Belgique".

⁴⁹⁵ L'article 23 premier alinéa dispose ce qui suit: "*1. La loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession*".

⁴⁹⁶ L'article 23 paragraphe 2 dispose que: "*2. Cette loi régit notamment:*

- a) les causes, le moment et le lieu d'ouverture de la succession;*
- b) la vocation successorale des bénéficiaires, la détermination de leurs parts respectives et des charges qui peuvent leur être imposées par le défunt, ainsi que la détermination d'autres droits sur la succession, y compris les droits successoraux du conjoint ou du partenaire survivant;*
- c) la capacité de succéder;*
- d) l'exhérédation et l'indignité successorale;*
- e) le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires, y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci;*
- f) les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers, sans préjudice des pouvoirs visés à l'article 29, paragraphes 2 et 3;*
- g) la responsabilité à l'égard des dettes de la succession;*
- h) la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers;*
- i) le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires;*
- j) le partage successoral".*

"*notamment*". Ce qui traduit la volonté du législateur européen d'élargir le domaine de la loi applicable à la succession. Ainsi, certains auteurs considèrent que l'utilisation de l'adverbe "*notamment*" permet l'extension du domaine de la loi applicable à d'autres questions qui ne sont pas citées dans la liste⁴⁹⁷. Ceci s'affirme par la lecture du Considérant 42 du Règlement prévoyant que: "*La loi désignée comme la loi applicable à la succession devrait régir la succession depuis son ouverture jusqu'au transfert de la propriété des biens composant la succession aux bénéficiaires, tel que déterminé par ladite loi. Elle devrait inclure les questions liées à l'administration de la succession et à la responsabilité à l'égard des dettes de la succession. L'apurement des dettes de la succession peut, en fonction notamment de la loi applicable à la succession, prévoir la prise en compte du rang spécifique des créanciers*".

Cet élargissement du domaine de la loi successorale a été salué par certains commentateurs du Règlement, bien qu'ils regrettent que l'article 23 n'ait pas repris la précision faite par l'article 7 de la Convention de La Haye de 1989 que la loi successorale s'applique à toute la succession quelle que soit la nature des biens et le lieu de leur situation⁴⁹⁸.

193. Aux termes du considérant 37⁴⁹⁹, l'extension du domaine de la loi applicable est justifiée par l'impératif de sécurité juridique et pour garantir l'unité successorale. Cette unité suppose d'une part, qu'une seule loi s'applique à tous les biens successoraux quelque soit le lieu de leur situation pour éviter la "*scission territoriale*"⁵⁰⁰ de la succession. Il entraîne d'autre part, que la loi successorale régisse toutes les questions liées à la succession dès son ouverture jusqu'au

⁴⁹⁷ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", in *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de M. REVILLARD et G. KHAIRALLAH, Défrenois, Lextenso éditions, 2013, p.71.

⁴⁹⁸ Ibidem.

⁴⁹⁹ Le considérant 37 du Règlement dispose que: " (...) *Pour des raisons de sécurité juridique et afin d'éviter le morcellement de la succession, cette loi devrait régir l'ensemble de la succession, c'est-à-dire l'intégralité du patrimoine composant la succession, quelle que soit la nature des biens et indépendamment du fait que ceux-ci sont situés dans un autre État membre ou dans un État tiers*".

⁵⁰⁰ F. MURAD, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé (Volume 142)", *RACDI*, op. cit., p. 96.

transfert des biens successoraux afin d'empêcher la "*scission fonctionnelle de la succession*"⁵⁰¹.

II- Les questions régies par la loi successorale dans le cadre du Règlement

194. En traitant des questions régies par la loi successorale, on se propose d'analyser chacune des questions prévues dans la liste de l'article 23 du Règlement, à savoir: l'ouverture de la succession (**A**), La vocation successorale et les droits sur la succession (**B**), La capacité de succéder (**C**), L'indignité successorale et l'exhérédation (**D**), La transmission de la succession et l'option des héritiers (**E**), Les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs et des administrateurs (**F**), La responsabilité pour les dettes de la succession (**G**), La quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer (**H**), Le rapport et la réduction des libéralités (**I**), et le partage successoral (**J**).

A- L'ouverture de la succession

195. La loi successorale régit tout d'abord, les causes, le moment et le lieu d'ouverture de la succession.

196. S'agissant des causes d'ouverture de la succession, comme le relève déjà la majorité des commentateurs du Règlement, le décès demeure la cause "*normale*" de l'ouverture de la succession et ce dans la totalité des systèmes juridiques⁵⁰². Ces mêmes commentateurs citent aussi d'autres causes de l'ouverture de la succession qui sont: l'absence, la disparition et la mort présumée du défunt⁵⁰³.

⁵⁰¹ Ibid. p. 110.

⁵⁰² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 372; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 71; LAGARDE, ODERSKY, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, REINHARTZ, *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, op. cit., p. 132.

⁵⁰³ Ibidem.

On précise que les questions de la définition de la mort, son moment ainsi que les conditions de déclaration de l'absence, de la disparition ou de la mort présumée, dépendent toutes de la loi personnelle du *de cuius* et ne peuvent être qualifiées de questions successorales. En effet, ces questions sont liées à la définition de la personnalité juridique et ne relèvent pas du droit successoral⁵⁰⁴. Pourtant, certains auteurs affirment que malgré l'exclusion expresse de ces questions du champ d'application du Règlement⁵⁰⁵, celles-ci ont un impact certain sur la date de l'ouverture de la succession sous l'égide de la loi successorale normalement applicable⁵⁰⁶.

197. On évoque aussi la question des comourants. Celle-ci est régie par l'article 32 du Règlement qui dispose que: "*Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et que ces lois règlent cette situation par des dispositions différentes ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes décédées n'a de droit dans la succession de l'autre ou des autres*".

Cet article est la reprise de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1989⁵⁰⁷. Il prévoit la solution du moment d'ouverture de la succession pour les comourants. Ainsi, lorsque les successions des comourants sont régies par des lois différentes, aucun d'entre eux n'a droit sur la succession de l'autre. Encore faut-il préciser ce que l'on entend par "*lois différentes*". Certains auteurs considèrent que les lois différentes dont les dispositions ne sont pas différentes

⁵⁰⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 373; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 72; LAGARDE, ODESKY, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, REINHARTZ, *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, op. cit., p. 132.

⁵⁰⁵ L'article 1 paragraphe 2 sous c) du Règlement dispose que: " 2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...) c) les questions relatives à la disparition, à l'absence ou à la mort présumée d'une personne physique*".

⁵⁰⁶ LAGARDE, ODESKY, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, REINHARTZ, *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, op. cit., p. 132.

⁵⁰⁷ L'article 13 de la Convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres*".

ne posent aucun problème ce qui permet de retenir la solution commune entre ces lois⁵⁰⁸.

B- La vocation successorale et les droits sur la succession

198. L'article 23 paragraphe 2 sous b) du Règlement est presque la reproduction de l'article 7 paragraphe 2 sous a) de la Convention de La Haye de 1989. La proposition du Règlement visait uniquement "*les héritiers et les légataires*"⁵⁰⁹, avant que ces deux termes ne soient remplacés par "*les bénéficiaires*" dans le cadre du Règlement. Par conséquent, la loi successorale régit "*toutes les catégories de successibles*"⁵¹⁰. C'est ce qui s'affirme de la lecture du Considérant 47 du Règlement disposant que: "*La loi applicable à la succession devrait déterminer qui sont les bénéficiaires d'une succession donnée. Dans la plupart des ordres juridiques, le terme "bénéficiaires" tend à englober les héritiers et les légataires ainsi que les héritiers réservataires, bien que, par exemple, la situation juridique des légataires ne soit pas la même selon les ordres juridiques. En vertu de certains ordres juridiques, le légataire peut recevoir une part directe dans la succession, alors que selon d'autres ordres juridiques, le légataire ne peut acquérir qu'un droit à faire valoir à l'encontre des héritiers*".

199. Le domaine de la loi applicable englobe aussi les quotes-parts des bénéficiaires. Celles-ci sont définies comme étant: "*la proportion de la succession revenant à l'héritier ou au légataire*"⁵¹¹. Le sous b) de l'article 23 précise qu'il englobe aussi les autres droits sur la succession, dont notamment les droits des réservataires, du conjoint ou du partenaire survivant que certains

⁵⁰⁸ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", op. cit., p. 72;

⁵⁰⁹ L'article 19 paragraphe 2 sous b) de la proposition dispose que: " 2. Cette loi régit notamment: (...) (b) la vocation des héritiers et légataires, y compris les droits successoraux du conjoint survivant, la détermination des quotes-parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès".

⁵¹⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 376.

⁵¹¹ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 73.

auteurs jugent qu'il s'agit d'une répétition⁵¹². Certains auteurs ont proposé de compter les droits du concubin à la succession, mais cette proposition n'a pas été retenue par le législateur européen⁵¹³.

Ce domaine inclut aussi les charges pouvant leur être imposées par le défunt. Il s'agit des "*conditions ou obligations personnelles auxquelles le défunt subordonne le droit à succéder imposées au bénéficiaire*"⁵¹⁴.

C- La capacité de succéder

200. Pour ce cas, il faut tout d'abord définir la capacité de succéder. On précise qu'il ne s'agit pas de la capacité générale, c'est-à-dire de la "*capacité juridique des personnes physiques*"⁵¹⁵, celle-ci étant expressément exclue par le Règlement⁵¹⁶. Il s'agit de la capacité qui se pose dans le cadre de la succession et qui concerne à la fois les successibles et les défunts⁵¹⁷.

201. Certains auteurs évoquent le cas particulier de l'embryon: les "*enfants conçus mais pas encore nés*"⁵¹⁸. En effet, plusieurs systèmes reconnaissent la capacité de l'embryon de succéder comme le droit tunisien ou le droit français. Dans ce cas, la capacité des fœtus est régie par la loi successorale. Cependant, certaines questions y échappent dont notamment, la détermination de la date de la conception de l'enfant.

202. D'autres auteurs affirment que l'article 23 sous c) du Règlement s'applique d'une manière égale tant aux personnes physiques qu'aux personnes

⁵¹² LAGARDE, ODERSKY, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, REINHARTZ, op. cit., p. 133.

⁵¹³ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 73.

⁵¹⁴ Ibidem.

⁵¹⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 377.

⁵¹⁶ L'article 1 paragraphe 2 sous b dispose que: " 2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...)la capacité juridique des personnes physiques, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point c), et de l'article 26*".

⁵¹⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.376.

⁵¹⁸ Ibidem.

morales, mais uniquement concernant la capacité de succéder⁵¹⁹. Y est aussi incluse la question de savoir si une personne morale non encore créée au moment du décès peut recevoir des biens successoraux⁵²⁰.

D- L'indignité successorale et l'exhérédation

203. L'indignité successorale et l'exhérédation sont régies par la loi successorale. Celle-ci régit d'abord, les causes d'indignité successorale qui sont liées à certaines condamnations privant de la succession celui qui les a subies⁵²¹. Ces causes diffèrent d'un système juridique à l'autre. Mais la cause universelle est l'atteinte à la vie du *de cuius*.

Certains auteurs rattachent aussi aux cas d'indignité ceux portant atteinte à la liberté de disposer à cause de mort comme le fait d'obliger illicitement le défunt à disposer, de l'empêcher de le faire, de dissimuler ou de détruire des dispositions à cause de mort⁵²². Dans ce cas, on affirme que certaines causes d'indignité successorale consacrées dans certaines législations peuvent intervenir en invoquant l'exception de l'ordre public international du for⁵²³.

204. Certains auteurs considèrent que les exclusions fondées sur des raisons politiques ou religieuses ou sur des discriminations de sexe doivent être écartées au nom de l'ordre public international en évoquant notamment, l'exemple des législations des pays musulmans accordant moins de droits successoraux aux filles qu'aux fils⁵²⁴.

Cette position est critiquable pour deux raisons: D'abord, parce que l'exemple donné de l'inégalité successorale entre filles et fils ne peut en cas être qualifié ni d'une cause d'indignité, ni d'un cas d'exhérédation. En effet, l'indignité

⁵¹⁹ LAGARDE, ODERSKY, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, REINHARTZ, op. cit., p. 135.

⁵²⁰ Ibidem.

⁵²¹ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p.73.

⁵²² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 378.

⁵²³ Ibid., p. 379; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 73.

⁵²⁴ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 73.

suppose l'existence d'une condamnation ou le manquement à une obligation légale. L'exhérédation est le pouvoir donné au défunt d'exclure un héritier réservataire. Cet exemple ne peut pas non plus être considéré comme un cas d'exclusion de l'héritage, car la fille n'est pas exclue de l'héritage, elle reçoit simplement une part moindre. La discrimination successorale caractérisant les systèmes musulmans relève simplement, des règles de partage de la succession déterminées par la loi. Ensuite, dans la plusieurs pays arabo-musulmans, dont notamment la Tunisie, les règles successorales ne sont pas d'ordre public. En effet, on peut y déroger par la convention contraire en admettant par exemple le partage égal de la succession entre frères et sœurs⁵²⁵.

205. La loi successorale régit ensuite, les effets de l'indignité successorale dont son caractère impératif et la possibilité de pardon de la part du défunt⁵²⁶.

La loi successorale détermine aussi le pouvoir du défunt d'exhérer un héritier réservataire. Ce pouvoir est admis dans certains systèmes juridiques et est généralement lié à certaines causes répréhensibles dont notamment le refus d'aliments envers le défunt, la captation d'héritage⁵²⁷ ou la violation du devoir d'assistance ou d'entretien⁵²⁸. Elle en détermine aussi les effets ainsi que la possibilité de pardon⁵²⁹.

Dans ce cadre, certains auteurs notent que même si l'exhérédation est normalement prévue dans une disposition à cause de mort, elle est cependant régie par la loi successorale et non pas celle applicable à la recevabilité ou à la validité des dispositions à cause de mort.

⁵²⁵ L'article 1465 du COC dispose que: "*On peut transiger sur les droits héréditaires déjà acquis moyennant une somme inférieure à la portion légitime établie par la loi, pourvu que les parties connaissent la quotité de la succession*".

⁵²⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 379.

⁵²⁷ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 73.

⁵²⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 379.

⁵²⁹ Ibid., p. 380.

E- La transmission de la succession et l'option des héritiers

206. L'article 23 paragraphe 2 sous e) dispose que la loi successorale régit "*e) le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires, (1) y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci (2)*".

1- La transmission de la succession

207. Étant "*au cœur de la chaîne héréditaire*"⁵³⁰, le législateur européen a étendu le domaine de la loi successorale aux questions du transfert et de l'administration de la succession. Cette règle est inspirée des articles 81 et 82 de la loi portant le code de droit international belge.

208. Pour définir la notion de "*transfert des biens, droits et obligations*" dans le Règlement, certains auteurs⁵³¹ se réfèrent à la définition figurant dans le document issu de la réflexion des experts nationaux du 30 juin 2008 considérant qu' "*il serait souhaitable dans le considérant d'expliquer que le terme "transmission" ne doit pas être entendu dans le sens du droit des biens, mais qu'il s'agit du processus par lequel les biens composant la succession passeront aux héritiers et légataires*"⁵³².

209. Plusieurs auteurs font des deux notions d' "*administration*" et de "*transmission*" des synonymes⁵³³.

La notion de "*transmission*" ou "*administration*" est définie par ces auteurs en ces termes: "*Par "administration de la succession" j'entends tout ce qui précède la liquidation et qui n'est pas la dévolution elle-même, c'est-à-dire la*

⁵³⁰ M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé*, op. cit., p. 3.

⁵³¹ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 74.

⁵³² Document de réflexion, Réunion experts nationaux 30 juin 2008, note 34, p. 11.

⁵³³ F. MURAD, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé (Volume 142)", *RCADI*, op. cit., surtout: p. 89: En définissant la "*transmission*", l'auteur reprend la définition de M. DROZ de l' "*administration*"; M. DROZ, "La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles", in *travaux du Comité français de droit international privé*, p. 329.

réunion de l'actif, le paiement du passif, toutes les formalités administratives à effectuer, la vente de certains biens. Bref, l'administration de la succession, c'est ce qui se passe entre le moment du décès et le moment où les héritiers, les légataires ou les créanciers de la succession obtiennent définitivement leur dû et cela recouvre pour les droits continentaux la question de la transmission héréditaire ⁵³⁴.

Ainsi, font partie de l'administration et de la transmission, les questions de l'option des héritiers, la transmission de l'actif, ainsi que le transfert du passif⁵³⁵. En notant qu'en droit français on préfère le terme "*transmission*"⁵³⁶, certains auteurs considèrent que cette notion doit être nuancée suite à la promulgation de la loi du 23 juin 2006 qui a créé le mandat posthume et a renforcé le pouvoir de l'exécuteur testamentaire⁵³⁷.

210. En incluant la question de la transmission dans le domaine de la loi successorale, le Règlement avait donc exclu la position selon laquelle cette question doit être régie par la loi du for⁵³⁸, caractérisant les systèmes anglo-américains. A cet égard, les commentateurs du Règlement précisent que lorsque la loi successorale exige pour le transfert des biens héréditaires, l'intervention d'un administrateur judiciaire, cette exigence doit être respectée même si le droit de l'autorité compétente de la liquidation ne le prévoit pas⁵³⁹.

Prenons l'exemple de l'anglais qui décède en France après avoir choisi de soumettre sa succession à sa loi nationale exigeant la désignation d'un *administrator*. A cet égard, on rappelle la réforme du droit français interne des

⁵³⁴ M. DROZ, "La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles", in *travaux du Comité français de droit international privé*, p. 329.

⁵³⁵ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 74.

⁵³⁶ M. GORE, thèse précitée, p. 3.

⁵³⁷ S. GODECHOT-PATRIS, "L'administration des successions", in *Droit Européen des Successions Internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 88.

⁵³⁸ F. MURAD, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé (Volume 142)", précité.

⁵³⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 382.

successions par la loi du 23 juin 2006⁵⁴⁰ qui *"s'est voulue pragmatique et efficace, a concédé un domaine important à la succession aux biens en faisant davantage confiance à un mandataire qu'à l'héritier acceptant pur et simple pour administrer ses actifs"*⁵⁴¹. En effet, la loi de 2006 innove en ajoutant le "mandat posthume"⁵⁴² aux solutions antérieurement admise de la possibilité de désignation d'un "mandataire conventionnel"⁵⁴³ et d'un "mandataire judiciaire"⁵⁴⁴.

Certains auteurs estiment que cette innovation altère la règle traditionnelle du droit français de la saisine héréditaire des héritiers en observant *" un inflexissement du principe de la succession à la personne avec la reconnaissance de certaines conséquences de la succession aux biens"*⁵⁴⁵. Par contre, d'autres auteurs considèrent que le recours au mandataire facilitera la reconnaissance du pouvoir des mandats dans les systèmes juridiques consacrant la succession aux biens⁵⁴⁶. En effet, *"aucun obstacle théorique ne s'oppose irréductiblement à l'encontre de la mise en œuvre au for des mécanismes de la succession aux biens. En ce cas, l'articulation des règles matérielles étrangères*

⁵⁴⁰ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, publiée au JORF du 24 juin 2006 et entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

⁵⁴¹ G. KHAIRALLAH, "La loi du 23 juin 2006", in *JCP 2008*, n°1244.

⁵⁴² Objet de l'article 812 du code civil français disposant que: *" Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.*

Le mandataire peut être un héritier.

Il doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral.

Le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession".

⁵⁴³ L'article 813 alinéa 1 du code civil français dispose que: *"Les héritiers peuvent, d'un commun accord, confier l'administration de la succession à l'un d'eux ou à un tiers".*

⁵⁴⁴ L'article 813-1 du code civil français dispose que: *" Le juge peut désigner toute personne qualifiée, physique ou morale, en qualité de mandataire successoral, à l'effet d'administrer provisoirement la succession en raison de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale.*

La demande est formée par un héritier, un créancier, toute personne qui assurait, pour le compte de la personne décédée, l'administration de tout ou partie de son patrimoine de son vivant, toute autre personne intéressée ou par le ministère public".

⁵⁴⁵ C. VERNIERES, "Chapitre 247. Administration de la succession par un mandataire", in *Dalloz Action Droit patrimonial de la famille 2021-2022*, sous la direction de M. Grimaldi, 7ème édition, 2021, p. 619.

⁵⁴⁶ H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ème édition, Lexis Nexis, 2017, p. 270.

et des règles procédurales du for semble envisageable dans son principe"⁵⁴⁷. On rappelle à ce niveau les dispositions de l'article 29 du Règlement contenant des dispositions dérogatoires en instituant la possibilité pour l'autorité compétente de désigner un ou plusieurs administrateurs lorsqu'en vertu de sa propre loi, cette désignation est obligatoire, alors même que la loi successorale étrangère ne prévoit pas une telle désignation⁵⁴⁸. En rappelant que cet article était le résultat de pressions des États de la *common law*, certains commentateurs du Règlement regrettent son intelligibilité due à la médiocre traduction du texte, originellement rédigé en anglais⁵⁴⁹. On se posait ainsi la question de savoir si l'article 29 porte atteinte au principe de l'unité successorale tel que prévu dans l'article 23 du Règlement⁵⁵⁰.

2- L'option des héritiers et légataires

211. Par acceptation et renonciation à la succession, le législateur semble viser *"l'ensemble des modalités que peut prendre l'option d'un héritier ou d'un*

⁵⁴⁷ M. GORE, thèse précitée, n°355.

⁵⁴⁸ L'article 29 paragraphe 1 du Règlement dispose que: " 1. Lorsque la nomination d'un administrateur est obligatoire ou obligatoire sur demande en vertu de la loi de l'État membre dont les juridictions sont compétentes pour statuer sur la succession en application du présent règlement et que la loi applicable à la succession est une loi étrangère, les juridictions de cet État membre peuvent, si elles sont saisies, nommer un ou plusieurs administrateurs de la succession en vertu de leur propre loi, sous réserve des conditions définies au présent article.

Les administrateurs nommés en vertu du présent paragraphe sont des personnes habilitées à exécuter le testament du défunt et/ou à administrer sa succession au titre de la loi applicable à la succession. Si ladite loi ne prévoit pas que la succession puisse être administrée par une personne autre qu'un bénéficiaire, les juridictions de l'État membre dans lequel un administrateur doit être nommé peuvent nommer à cet effet un administrateur tiers conformément à leur propre loi si celle-ci l'exige et s'il existe un grave conflit d'intérêt entre les bénéficiaires ou entre les bénéficiaires et les créanciers ou d'autres personnes ayant garanti les dettes du défunt, un désaccord entre les bénéficiaires sur l'administration de la succession ou si la succession est difficile à administrer en raison de la nature des biens.

Les administrateurs nommés en vertu du présent paragraphe sont les seules personnes habilitées à exercer les pouvoirs visés aux paragraphes 2 ou 3".

⁵⁴⁹ S. GODECHOT-PATRIS, "L'administration des successions", article précité, p. 90.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 91.

légataire: acceptation pure et simple, acceptation sans réserve, renonciation etc"⁵⁵¹.

212. Certains auteurs considèrent que l'option ne se conçoit que dans le cadre de la succession aux personnes. En effet, dans les successions aux biens, la succession est déjà purgée des dettes par le *personal representative*. Les bénéficiaires n'ont ainsi aucune obligation aux dettes⁵⁵². Par contre, des commentateurs du Règlement précisent que l'article 23 ne distingue pas entre les systèmes de succession aux personnes et de successions aux biens, puisqu'il "*ne contraire*"⁵⁵³ ni les pays de *common law* ni ceux du droit civil. Il consacre ainsi le principe de l'unité de l'option en écartant les solutions prévues dans les systèmes dualistes, comme le droit français par exemple, où il existait "*autant d'options que de successions*"⁵⁵⁴.

213. Outre les conditions et les effets de l'acceptation et de la renonciation, les commentateurs du Règlement considèrent que font aussi partie du domaine de la loi successorale les questions de la possibilité même de l'acceptation et de la renonciation⁵⁵⁵, les modalités de l'acceptation et de la renonciation (expresse ou tacite à travers le comportement des héritiers et légataires, ou même l'existence d'une présomption d'acceptation ou de renonciation), l'option d'annulation ainsi que les formalités exigées⁵⁵⁶. A cet égard, l'article 28 du Règlement précise qu' "*Une déclaration concernant l'acceptation de la succession, d'un legs ou d'une réserve héréditaire ou la renonciation à ceux-ci, ou une déclaration visant à limiter la responsabilité de la personne qui fait la déclaration est valable quant à la forme lorsqu'elle respecte les exigences:*

a) de la loi applicable à la succession en vertu de l'article 21 ou 22; ou

⁵⁵¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 384.

⁵⁵² F. MURAD, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé (Volume 142)", op. cit., p. 108; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 384.

⁵⁵³ F. SAUVAGE, "L'option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen du 4 juillet 2012", in *Droit Européen des Successions Internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p. 106.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 108.

⁵⁵⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 384.

⁵⁵⁶ Ibid., p. 385.

b) de la loi de l'État dans lequel la personne qui fait la déclaration a sa résidence habituelle".

Enfin, les commentateurs du Règlement rappellent que la capacité d'opter ne fait pas partie du domaine de la loi successorale, celle-ci étant régie par la loi personnelle et faisant l'objet d'exclusion expresse par le Règlement⁵⁵⁷.

F- Les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs et des administrateurs

214. Cette question se pose lors de la période d'attente du partage des biens entre les héritiers, durant laquelle doivent être gérés les biens successoraux.

D'après l'article 23 du Règlement, la loi successorale régit d'une part, les prérogatives des héritiers lorsque ceux-ci sont directement saisis de la succession. On note par exemple, le pouvoir de vendre un bien héréditaire, exercer les droits et actions du défunt, les conditions de réclamation d'un bien entre les mains d'un tiers⁵⁵⁸ etc.

215. On s'est aussi, posé la question de savoir si le Règlement régit l'administration de l'indivision. Certains commentateurs répondent par la positive en se basant sur la lecture combinée de l'article 23 2ème paragraphe sous f) et le considérant 42 du Règlement⁵⁵⁹. D'autre part, la *lex successionis* régit aussi les pouvoirs des administrateurs de la succession. Cependant, certains auteurs évoquent la réserve qui doit être faite pour les pouvoirs de l'administrateur de la succession déficitaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité⁵⁶⁰. Par ailleurs, on note que la loi successorale régit aussi les actes et certificats attestant de la qualité et des pouvoirs des héritiers et administrateurs de la succession⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 75; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 387.

⁵⁵⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 388.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 389.

⁵⁶⁰ Ibidem.

⁵⁶¹ Ibid., p. 390.

G- La responsabilité pour les dettes de la succession

216. La loi successorale régit aussi la responsabilité pour les dettes. Cette règle a été consacrée par la jurisprudence française bien avant le règlement⁵⁶².

217. Par l'expression "*dettes de la succession*" les commentateurs du Règlement considèrent qu'il faut comprendre "*l'ensemble du passif successoral, à savoir les dettes existant avant le décès et les dettes que la succession peut faire naître*"⁵⁶³. Ils précisent à cet effet, que le point f) doit se lire avec le point e) relatif à la transmission des "*droits et obligations composant la succession*"⁵⁶⁴.

218. Les dettes de la succession sont aussi régies par la loi successorale. Cependant, certains auteurs observent que "*les caractères de la dette ne peuvent dépendre que de la loi de la dette, c'est-à-dire en principe la loi du contrat ou du délit qui lui a donné naissance. C'est cette loi qui dira si la dette est ou non transmissible et divisible entre les héritiers*"⁵⁶⁵.

219. Outre la loi de la dette, ces mêmes auteurs évoquent le rôle indéniable de la *lex rei sitae*⁵⁶⁶. Celle-ci s'applique notamment sur les questions se rapportant à deux hypothèses⁵⁶⁷: la première est relative à la limitation par l'héritier de ses pouvoirs sur la succession⁵⁶⁸ ou suite à la volonté des créanciers.

⁵⁶² Civ. 1^{re}, 19 juill. 1976, *RCDIP*, 1978, p. 338, note B. ANCEL: "(...) l'étendue de l'obligation des héritiers au passif comme le droit de poursuite des créanciers sur le fonds de commerce dépendant de la succession étaient régis par la loi française" (la loi française étant la loi successorale).

⁵⁶³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 391.

⁵⁶⁴ Ibidem.

⁵⁶⁵ P. LAGARDE, *Successions, Répertoire de droit international, Dalloz*, septembre 2015, (actualisation mai 2021), n° 227; dans le même sens: A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 392.

⁵⁶⁶ P. LAGARDE, *Successions, Répertoire de droit international, Dalloz*, op. cit., n° 230.

⁵⁶⁷ Ibidem.

⁵⁶⁸ On songe alors à la loi française du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et spécialement à l'acceptation à concurrence de l'actif net. Celle-ci était dénommée avant la réforme "le bénéficiaire d'inventaire". L'acceptation à concurrence de l'actif net est régie par les articles 787 à 803 du code civil français. Il s'agit d'une option successorale qui s'ajoute à l'acceptation pure et simple et à la renonciation. Elle est prévue pour combler les insuffisances des deux cas. L'acceptation pure et simple pouvant mener au risque de la ruine de l'héritier, la renonciation au risque de perte d'un actif suite à une mauvaise appréciation. Voir sur cette question: C. VERNIERES, "Option successorale: acceptation à concurrence de l'actif net", in *Droit Patrimonial de la Famille, Dalloz Action 2018-2019*, sous la direction de M. Grimaldi, 6^{ème} édition, Dalloz, 2017, p. 559 à 565; N. LEVILLAIN, M-C FORGEARD, A. BOICHE,

La deuxième est liée aux conditions de saisie par les créanciers de certains biens, car il s'agit d'une question relevant des voies d'exécution et non de la matière successorale⁵⁶⁹.

220. Par le terme "*responsabilité*" pour les dettes, on entend l' "*obligation à la dette*"⁵⁷⁰, ou l' "*obligation au passif*"⁵⁷¹. Il s'agit des questions relatives à la détermination des bénéficiaires tenus par les passif successoral⁵⁷², l'étendue du droit de poursuite du créancier⁵⁷³, ainsi que les conditions pour les créanciers d'exiger leurs droits⁵⁷⁴. A cet égard, on note que l'application de la loi successorale diffère selon qu'il s'agisse du système de succession aux personnes ou de succession aux biens. En effet, dans le premier système, ce sont les successibles qui ont la charge du règlement des dettes du défunt. Alors que dans le second, c'est le représentant légal désigné par la juridiction compétente qui a la mission de liquidation du passif⁵⁷⁵. Par ailleurs, plusieurs auteurs considèrent que la contribution aux dettes doit être aussi régie par la loi successorale⁵⁷⁶. On cite notamment, les questions liées au mode de répartition des dettes, la part contributive de chacun des successibles ainsi que les recours possibles de l'un des bénéficiaires contre les autres⁵⁷⁷. On note enfin, que sont écartées les obligations

Liquidation des successions, Dalloz référence, 2018-2019, 4ème édition, Dalloz, 2018, p. 86 et suivants.

Quant aux effets de l'acceptation à concurrence de l'actif net, l'article 791 du code civil français dispose que: "*L'acceptation à concurrence de l'actif net donne à l'héritier l'avantage :*

1° *D'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession ;*

2° *De conserver contre celle-ci tous les droits qu'il avait antérieurement sur les biens du défunt ;*

3° *De n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis*".

⁵⁶⁹ P. LAGARDE, *Successions, Répertoire de droit international*, Dalloz, op. cit., n° 231; dans le même sens: A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 393.

⁵⁷⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 391.

⁵⁷¹ P. Lagarde, *Successions*, in *Répertoire de droit international*, Dalloz, op. cit., n° 229.

⁵⁷² Ibidem; voir aussi, A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 391.

⁵⁷³ Ibidem.

⁵⁷⁴ Ibidem.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 392.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 393; voir aussi: P. LAGARDE, *Successions, Répertoire de droit international*, Dalloz, op. cit., n° 232.

⁵⁷⁷ Ibidem.

fiscales relatives à la succession, la matière fiscale étant expressément exclues du champ d'application du Règlement⁵⁷⁸.

H- La quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer

221. La loi successorale régit aussi les "*mécanismes mis en place pour protéger certains proches du de cujus*"⁵⁷⁹ dont notamment, la quotité disponible et la réserve⁵⁸⁰. Cette disposition est, en partie, la reprise de l'article 7-2-d de la Convention de La Haye de 1989⁵⁸¹, ainsi que de l'article 80 paragraphe 1-6 du code de DIP belge⁵⁸². Il s'agit des cas où certains bénéficiaires sont protégés par la loi successorale qui leur prévoit des parts de la succession auxquelles le défunt

⁵⁷⁸ L'article 1er paragraphe 1er du Règlement dispose que: " 1. *Le présent règlement s'applique aux successions à cause de mort. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives*".

Le considérant 10 du Règlement prévoit que: " *Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer aux questions fiscales ni aux questions administratives relevant du droit public. Il appartient dès lors au droit national de déterminer, par exemple, comment sont calculés et payés les impôts et autres taxes, qu'il s'agisse d'impôts dus par la personne décédée au moment de son décès ou de tout type d'impôt lié à la succession dont doivent s'acquitter la succession ou les bénéficiaires. Il appartient également au droit national de déterminer si le transfert d'un bien successoral aux bénéficiaires en vertu du présent règlement ou l'inscription d'un bien successoral dans un registre peut, ou non, faire l'objet de paiement d'impôts*".

⁵⁷⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 394.

⁵⁸⁰ Définitions et distinction entre la réserve héréditaire et la quotité disponible en droit français: "*La réserve est la portion de succession réservée par la loi à certains héritiers, parents proches du défunt. Lorsqu'il y a des héritiers réservataires, le patrimoine du défunt se divise en deux portions: la réserve héréditaire, dont la dévolution est régie par la loi, et la quotité disponible, qui représente la fraction de succession dont le défunt peut disposer librement à titre gratuit*": N. LEVILLAIN, M-C FORGEARD, A. BOICHE, Liquidation des successions, op. cit., p. 122.

Ainsi, deux conditions cumulatives doivent se réunir: l'existence d'héritiers réservataires et l'existence d'une libéralité consentie par le défunt. (N. Levillain, M-C Forgeard, A. Boiché, Liquidation des successions, op. cit., p. 123).

Pour la quotité disponible, on distingue entre la quotité disponible ordinaire (des héritiers réservataires: descendants et conjoint) et la quotité disponible spéciale (entre époux). (N. Levillain, M-C Forgeard, A. Boiché, Liquidation des successions, op. cit., p. 125 et suivants).

⁵⁸¹ P. LAGARDE, U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, B. REINHARTZ, *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015, p. 124; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 77.

⁵⁸² M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 77.

ne saurait porter préjudice par le biais d'une libéralité⁵⁸³. Il revient donc à cette même loi, de déterminer les successibles pouvant prétendre à la qualité d'héritiers réservataires, le montant de la réserve ainsi que celui de la quotité disponible⁵⁸⁴.

222. L'article 23 point H, fait aussi référence aux "*autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort*". On songe alors, aux "*équivalents fonctionnels de la réserve*"⁵⁸⁵, c'est-à-dire les mécanismes ayant une fonction comparable à celle de la réserve héréditaire⁵⁸⁶. C'est l'exemple de la *family provision*⁵⁸⁷ du droit anglais. On précise à cet égard, qu'il ne s'agit pas d'un véritable droit ou d'une "*part réservée*"⁵⁸⁸. C'est plutôt, une demande, dont le fondement est alimentaire. Elle est intentée devant la juridiction compétente et reste soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge qui examine certains éléments, dont le statut et les conditions économiques du requérant⁵⁸⁹.

I- Le rapport et la réduction des libéralités

223. Les commentateurs du Règlement⁵⁹⁰ rappellent d'abord l'exclusion des libéralités entre vifs du champ d'application du Règlement⁵⁹¹. Pour préciser ensuite, que la loi successorale régit le rapport successoral ainsi que la réduction

⁵⁸³ P. LAGARDE, U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, B. REINHARTZ, Commentaire du Règlement européen sur les successions, op. cit., p. 124; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 394.

⁵⁸⁴ P. LAGARDE, U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, B. REINHARTZ, Commentaire du Règlement européen sur les successions, op. cit., p. 124; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 396; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 77; H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 315.

⁵⁸⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 396.

⁵⁸⁶ P. LAGARDE, U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, B. REINHARTZ, Commentaire du Règlement européen sur les successions, op. cit., p. 124; M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", article précité, p. 77.

⁵⁸⁷ Sur la question: E.L.G. TYLER, R. D. OUGHTON, *Tyler's Family Provision*, 3ème édition, London, LexisNexis Buttersworth, 1997.

⁵⁸⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 397.

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 399.

⁵⁹¹ L'article 1er paragraphe 2 sous g).

des libéralités pour lésion de la réserve⁵⁹² conformément à l'article 23 paragraphe 2 sous i) du Règlement⁵⁹³.

J- Le partage successoral

224. Le partage successoral est la dernière étape du règlement successoral qui "*représente l'opération concrète de division et d'attribution de la masse successorale aux bénéficiaires*"⁵⁹⁴.

225. Dans certains systèmes juridiques, à l'instar du droit tunisien, ces règles ne sont pas d'ordre public, sur lesquelles on est mesure de transiger. La doctrine s'est ainsi posée la question de savoir si la soumission de cette question à la loi successorale est impérative?⁵⁹⁵ Le Règlement ne se prononçant pas sur la question, la doctrine estime que la réponse doit être par la négative⁵⁹⁶.

Paragraphe deuxième: le domaine de la loi successorale en droit tunisien

226. En droit tunisien, le domaine de la loi successorale se rapproche de celui étalé dans le cadre du Règlement européen. C'est pourquoi, il serait inutile de revenir sur plusieurs questions. Mais vu l'influence des règles successorales tunisiennes du droit musulman, certaines spécificités sont à mettre en œuvre. Par ailleurs, s'est posée la question de savoir ce qui pourrait constituer en Tunisie une action successorale?

⁵⁹² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 399.

⁵⁹³ On note aussi, que cet article est la traduction littérale de la version anglaise de l'article 7 paragraphe 2 sous c) de la Convention de La Haye de 1989: P. LAGARDE, U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, B. REINHARTZ, Commentaire du Règlement européen sur les successions, op. cit., p. 125; ainsi que de l'article 80 paragraphe 1er n°10 du code de DIP belge: M. REVILLARD, "Portée de la loi applicable", op. cit. p. 78.

⁵⁹⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 401.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 402.

⁵⁹⁶ Ibidem.

227. La doctrine tunisienne affirme que la détermination de ce qui peut constituer une action successorale relève de la seule autorité du juge. Il s'agit d'une question de qualification⁵⁹⁷ qui est naturellement soumise à la loi du for selon les dispositions de l'article 27 C.D.I.P⁵⁹⁸.

228. Les actions successorales peuvent être regroupées essentiellement en trois catégories: on trouve d'abord, les actions entre héritiers. Celles-ci englobent les actions visant : la détermination des personnes successibles, la preuve de la qualité d'héritier ainsi que sa déchéance, l'élaboration de la liste des héritiers, leurs rangs et la part successorale qui revient à chacun d'eux⁵⁹⁹. Elle regroupe aussi les actions relatives à l'administration, le partage et la liquidation des successions⁶⁰⁰, tel qu'affirmé par la Cour de cassation tunisienne⁶⁰¹.

229. Rentrent aussi dans les actions successorales, celles qui lient les créanciers du défunt. Selon l'article 150 COC : "*La mort du débiteur fait venir à échéance toutes ses obligations, même celles dont le terme n'est pas échu*".

230. Le legs est un mode de transfert de propriété après la mort. C'est pourquoi il est généralement intégré dans la matière successorale tant par la doctrine que par la jurisprudence⁶⁰². Les actions opposant les héritiers aux légataires relèvent de ce fait, des actions successorales.

231. Il était aussi question de savoir si les actions en nullité des actes accomplis par le défunt pendant sa dernière maladie constituent des actions successorales?

⁵⁹⁷ M. BEN MOUSSA, Commentaires du code de droit international privé (en arabe), p.75.

⁵⁹⁸ L'article 27 CDIP dispose que : "*La qualification s'effectue selon les catégories du droit tunisien si elle a pour objectif d'identifier la règle de conflit permettant de déterminer le droit applicable*".

⁵⁹⁹ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، الدار الجامعية، 1986، ص 108

⁶⁰⁰ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 138.

⁶⁰¹ Cass. civ. n° 2830, du 07/12/2006, *Bulletin de la Cour de cassation*, partie II, procédure civile et commerciale, p. 283.

⁶⁰² Cass. civ. n° 2830, précitée.

"مما يجعل كل دعوى متعلقة بها وجوبا من الدعاوى المتعلقة بالتركة على معنى الفصل 6 فقرة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص و تختص بها المحاكم التونسية إذا افتتحت التركة بتونس "

232. La dernière maladie est une notion empruntée au droit musulman, qui n'a pas été définie par le législateur. La doctrine⁶⁰³ et la jurisprudence s'accordent à la définir comme étant "*la maladie effrayante empêchant l'individu de se prendre en charge, de courte durée et conduisant à la mort*"⁶⁰⁴.

233. La Cour de cassation, et en se basant sur les définitions doctrinales ainsi que sur les articles 85 et 87 du code du statut personnel considérait d'abord que la succession "*comprend tous les biens et droits disponibles à la date de la mort nets des dettes*"⁶⁰⁵.

234. Un débat jurisprudentiel était né sur la notion *d'action successorale*, précisément sur la question de la qualification des actions en nullité des actes du défunt pendant sa dernière maladie. En l'espèce, certains héritiers du défunt *Naâs* ont demandé l'annulation des actes de procuration, de legs et de vente qu'il aurait contracté pendant sa dernière maladie au profit de l'un d'eux et qui portaient sur des biens situés hors du territoire tunisien. Donc de la qualification de ces actions, dépendait la compétence des tribunaux tunisiens. Si elles sont qualifiées d'actions successorales, les juridictions tunisiennes seraient compétentes sur la base de l'article 6 paragraphe 3 CDIP. Si elles sont, par contre, qualifiées d'actions contractuelles, le juge tunisien ne saurait se déclarer compétent car l'article 5 paragraphe 2 qui lui prévoit le critère de l'exécution du contrat sur le territoire tunisien. La notion de dernière maladie étant spécifique au droit musulman est étrangère au droit comparé qui ne prévoit pas, de ce fait, une solution particulière.

Le droit interne consacre la notion dans l'article 565 du code des obligations⁶⁰⁶ et des contrats traitant de la vente en dernière maladie. Faisant déjà

⁶⁰³ أحمد بن طالب، التقويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، 2009، ص 448.

⁶⁰⁴ Cass. civ., n°49760, du 24 février 1998, *Bull.* 1998, II, p. 141.

⁶⁰⁵ Cass. civ. n° 2830, du 07/12/2006, Bulletin de la Cour de cassation, partie II, procédure civile et commerciale, p. 283.

⁶⁰⁶ L'article 565 COC dispose que: "*La vente faite par un malade, pendant sa dernière maladie, est régie par les dispositions de l'article 354, lorsqu'elle est faite à un de ses successibles dans l'intention de le favoriser, comme si, par exemple, il lui vendait à un prix*

l'objet de débat à l'échelle interne, les solutions ne semblent pas plus simples à l'échelle internationale. On a ainsi témoigné d'un va et vient entre les juges du fond et de la Cour de cassation qui dans un premier temps, avait considéré que le fondement de la sanction de la vente en dernière maladie était la protection des intérêts des héritiers d'où sa qualification d'action successorale et la compétence des juridictions tunisiennes de connaître de la nullité de ces actions sur la base de l'article 6 paragraphe 3 CDIP⁶⁰⁷.

Dans un deuxième temps, et à l'occasion d'un deuxième recours en cassation, la Cour déclare le juge tunisien incompétent à l'égard des actions en nullité des actes de vente et de procurations accomplis pendant la dernière maladie vu que leurs effets courent à partir de la date de leur conclusion et non pas de la date de la mort du défunt à l'exception des actions en nullité des legs⁶⁰⁸. Le legs étant un mode de transfert de propriété après la mort.

Paragraphe troisième: La restriction du domaine de la loi successorale en droit anglais

235. Il a exposé, qu'en droit anglais, la procédure du règlement successoral est essentiellement juridictionnelle, avec la dissociation entre l'administration et la distribution des biens successoraux. La première est régie par la *lex fori*, alors que la seconde est soumise à la *lex successionis*. Ainsi, contrairement au droit tunisien et au droit européen, l'administration de la succession ne rentre pas dans le domaine de la loi successorale.

beaucoup inférieure à la valeur réelle de la chose, ou s'il lui achetait à une valeur supérieure. La vente faite par le malade à un non successible est régie par les dispositions de l'article 355".

⁶⁰⁷ Cass. Civ. n° 22813, du 13/05/2003, non publié.

"و حيث أنّ تقييد التصرف من مرض الموت يرجع أساسه إلى تعلّق حقّ الورثة بأموال المريض من وقت مرضه لأنّ هذا الحق يتعلّق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب بل من وقت المرض الذي يموت فيه."

⁶⁰⁸ Cass. civ. n° 2830, du 07/12/2006, Bulletin de la Cour de cassation, partie II, procédure civile et commerciale, p. 283.

"و حيث أنّ تصرفات المورث قبل وفاته و أثناء مرض موته لا تعدّ جميعها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كما ذهبت إلى ذلك محكمة القرار المطعون فيه فإسقاط الدين و البيع و الكفالة الصادرة عن المريض في مرض موته، خلافاً للهيئة المعتمدة و صية بحكم القانون إذا صدرت خلال مرض متّصل بالموت، لا تعدّ -خلافاً للقانون المصري- تصرفات مضافة إلى ما بعد الوفاة إذ هي تنتج آثارها من تاريخ إبرامها و لا يعني أنّ تسليط الجزاء المقرر لها في حال ثبوت مرض الموت يجعلها من التصرفات المضافة بعد الوفاة إذ العبرة في الإلتزامات بتاريخ ترتيب آثارها و ليس بتاريخ القضاء بإبطالها أو الحطّ من نتائجها كيفما ذكر أعلاه.

Conclusion du titre premier

236. L'étude des systèmes comparés en matière de succession *ab intestat*, a montré l'existence de nombreuses divergences, mais aussi d'innombrables convergences.

C'est ainsi que dans le premier cas, la principale divergence est due à l'adoption de systèmes successoraux complètement antagonistes, à savoir: l'unité et le morcellement successoral. Ces divergences se multiplient au regard du droit tunisien, dont les règles équivoques, ambiguës et illisibles ont augmenté la faille entre le droit tunisien et les deux autres ordres comparés. Cette faille s'agrandit encore plus vu la tendance nationaliste de certains juges tunisiens accablant tout espoir de rapprochement.

Dans le deuxième cas, le système juridique tunisien se partage plusieurs notions avec les systèmes comparés, telle que celle de succession, de testament, de domicile. Il se rapproche aussi de certains systèmes juridiques, tel que le système européen s'agissant du domaine de la loi successorale.

Ces divergences auraient pu être dépassées, et les convergences renforcées, lorsque le législateur a prévu la modification de sa législation actuelle des successions internationales. Regrettablement, les rédacteurs de l'avant projet du code ont raté une belle opportunité de combler toutes les lacunes juridiques tant critiquées. Qu'en est il du régime juridique de la planification successorale?

Titre deuxième: La divergence des systèmes juridiques quant à la planification successorale

237. La planification successorale est entendue comme étant le droit de toute personne de disposer à cause de mort de son vivant sous différentes formes.

Les régimes juridiques de la planification successorale ne sont pas uniformes. Des divergences caractérisent aussi la réglementation internationale des dispositions à cause de mort dans les systèmes comparés (**Chapitre premier**).

La notion de planification successorale sous entend aussi, la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession par certains mécanismes comme la *professio juris* ou *l'optio juris*. Sur cette question, la divergence est d'ampleur, puisqu'elle n'est admise que dans le cadre du Règlement européen, et car elle constitue l'un des mécanismes auquel il doit son caractère révolutionnaire (**Chapitre deuxième**).

Chapitre premier: La diversité des régimes juridiques des dispositions à cause de mort

238. Le Règlement européen sur les successions mérite amplement son qualificatif de révolutionnaire puisqu'il a introduit des mécanismes de planification successorale qui étaient prohibés dans plusieurs États membres tout en adoptant un système unitaire et unifié (**Section première**).

Le droit anglais quant à lui, il a gardé ses traditions législatives qu'il avait craint qu'elles soient mises à l'échec, d'où son refus d'adhérer au Règlement européen sur les successions avant de quitter l'Union européenne (**Section deuxième**).

Quant au droit tunisien, les règles juridiques consacrées ne sont aucunement favorables à disposer à cause de mort (**Section troisième**).

Section première: L'unité de la loi applicable aux dispositions à cause de mort dans le Règlement

239. L'article 3 du Règlement définit les dispositions à cause de mort comme étant: "*un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral*".

Le Règlement régit la loi applicable à ces dispositions quant au fond (**Paragraphe premier**) et quant à la forme (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: La loi applicable aux dispositions à cause de mort quant au fond

240. Le législateur européen a entamé une distinction entre la succession *ab intestat* et les dispositions à cause de mort en choisissant de les soumettre à des lois différentes. Ceci s'explique par le jeu du "conflit mobile" dû au changement du critère de rattachement de la succession entre le moment de la rédaction de l'acte et celui du décès pouvant ainsi affecter la validité de la disposition⁶⁰⁹. Cependant, le Règlement ne réserve pas la même règle de conflit pour toutes les dispositions à cause de mort. Ainsi, les dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux font l'objet de l'article 24 du Règlement (**I**), alors que les pactes successoraux sont régis par l'article 25 et suivants du Règlement (**II**).

I- La loi applicable quant au fond aux dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux

241. Ces dispositions sont régies par l'article 24 du Règlement⁶¹⁰. L'étude de cet article oblige tout d'abord à préciser son champ d'application (**A**) avant de

⁶⁰⁹ A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions" (Volume 350), *RCADI*, p. 297.

⁶¹⁰ Cet article dispose que: "1. La recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition.

déterminer la loi applicable à la recevabilité et à la validité quant au fond des dispositions concernées (**B**).

A- Le champ d'application de l'article 24 du Règlement

242. L'étude du champ d'application de l'article 24 du Règlement nécessite la précision des dispositions à cause de mort auxquelles il s'applique (**1**) ainsi que les matières qu'il régit (**2**).

1- Les dispositions à cause de mort objet de l'article 24 du Règlement

243. Le champ d'application de l'article 24 est défini par le législateur européen d'une manière négative⁶¹¹ en se limitant à l'exclusion des pactes successoraux. En conséquence, et en vue de préciser l'étendue de l'article 24, les commentateurs du Règlement se réfèrent à l'article 3 par une lecture *a contrario*. En effet, ils rappellent la définition réglementaire du pacte successoral entendu comme étant: "*un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte*". Ils déduisent ainsi que l'article 24 n'entend pas s'appliquer aux dispositions résultant d'un accord de volonté pour le limiter ainsi aux testaments⁶¹². Néanmoins, ils précisent que l'article 24 ne vise que les testaments et les testaments conjonctifs qui ne résultent pas de l'accord des testateurs, vu que les testaments mutuels et les

2. *Nonobstant le paragraphe 1, une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.*

3. *Le paragraphe 1 s'applique, selon le cas, à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral. En cas de choix de loi effectué conformément au paragraphe 2, la modification ou la révocation est régie par la loi choisie".*

⁶¹¹ LAGARDE, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, ODERSKY et REINHARTZ, *EU Regulation On Succession and Wills, Commentary*, Ottoschmidt, selp, 2015, p.144.

⁶¹² *Ibidem*; A. BONOMI et P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 408.

testaments conjonctifs mutuels sont assimilés aux pactes successoraux et soumis ainsi à leur régime juridique (à savoir l'article 25 du Règlement)⁶¹³.

244. L'article 3 portant le titre "*définitions*" ne définit pas le terme "*testament*", mais il définit le "*testament conjonctif*". Ceci est entendu comme étant "*un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte*". Par ailleurs, les commentateurs du Règlement distinguent aussi entre les "*dispositions à cause de mort*", entendus comme étant des "*actes à cause de mort*" et les "*dispositions de dernière volonté incluses dans ces actes*" appelées encore les dispositions à cause de mort "*au sens matériel*". En effet, ces auteurs déduisent par la lecture conjointe des articles 3 et 24 du Règlement, que le législateur semble limiter le champ d'application desdits articles à l'acte même de la disposition sans son contenu. De ce fait, la recevabilité et la validité de l'acte portant la disposition à cause de mort est soumis à la loi "*hypothétique*"⁶¹⁴ appelée aussi "*anticipée*"⁶¹⁵. Tandis que le contenu de ladite disposition (les legs, les charges, nomination d'un exécuteur testamentaire etc...) reste soumis à la loi successorale applicable au moment du décès à savoir: celle de la dernière résidence habituelle, ou celle avec laquelle le défunt entretient les liens les plus étroits ou sa loi nationale choisie. On donne l'exemple de l'acte de testament portant une substitution fidéicommissaire⁶¹⁶. Le testament est valable selon la loi

⁶¹³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 408; H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 361 et 418.

⁶¹⁴ Ibidem.

⁶¹⁵ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 418.

⁶¹⁶ En droit suisse, la substitution fidéicommissaire est la disposition par laquelle le défunt désigne deux successeurs: le grevé et l'appelé. Les deux acquièrent la succession du défunt, mais l'appelé n'entre en possession de la succession qu'à la mort du grevé. Cependant, l'appelé n'est jamais considéré comme étant l'héritier du grevé mais du disposant. "*La situation du grevé est à cet égard proche de celle d'un usufruitier; elle s'en distingue cependant car le grevé est propriétaire des biens, répond des dettes successorales et conserve les biens en cas de prédécès de l'appelé.*" P. H. STEINAUER, *Le droit des successions*, Stämpfli Éditions, 2ème édition, 2015, N° 552.

La substitution fidéicommissaire peut porter tant sur une institution d'héritier que sur un legs.

Cadre légal: les articles 488 et suiv. du code civil suisse. L'article 488 dispose que: "¹ *Le disposant a la faculté de grever l'héritier institué de l'obligation de rendre la succession à un tiers, l'appelé.*

² *La même charge ne peut être imposée à l'appelé.*

"hypothétique" mais peut être frappé de nullité par la loi successorale applicable au moment du décès si celle-ci ne reconnaît pas le droit du défunt à la substitution fidéicommissaire⁶¹⁷.

Ces mêmes auteurs admettent qu'une telle interprétation restrictive de l'article 24 du Règlement n'est pas assez fondée pour deux raisons: D'abord, car elle ne trouve aucun fondement dans l'article 23 régissant la portée de la loi applicable. En effet, cet article énumère les questions régies par la loi applicable et ne fait aucunement mention aux dispositions à cause de mort au "*sens matériel*". Bien que la liste de l'article 23 soit à titre indicatif, il est inconcevable que le législateur européen ait oublié de mentionner une disposition aussi importante. Ensuite, car l'article 26 du Règlement se rapportant aux éléments relevant de la validité au fond des dispositions à cause de mort, fait mention dans le point (d) à l'interprétation de la disposition. Or, si la loi hypothétique prévue par l'article 24 s'applique à l'interprétation de la disposition, il faut que cette même loi régisse le contenu de ladite disposition⁶¹⁸.

245. Eu égard à cette discussion, on pense que cette distinction entre l'acte de la disposition à cause de mort et le contenu de ladite disposition (ou disposition au "*sens matériel*") pourrait engendrer une certaine perplexité voire la complexité quant à l'application de l'article 24. D'autant plus qu'elle n'a aucune pertinence juridique. Aucun des articles du Règlement n'opère une telle distinction, ce qui laisse penser que la loi "*hypothétique*" applicable aux termes de cet article régit la validité substantielle de l'acte ainsi que son contenu. Ceci a l'avantage d'assurer l'efficacité et l'effectivité de la disposition à cause de mort. En effet, il est absurde de valider l'acte quant au fond mais pas son contenu à

³ Ces règles s'appliquent aux legs."

L'article 489 dispose que: "¹ La substitution s'ouvre, sauf disposition contraire, à la mort du grevé.

² Lorsqu'un autre terme a été fixé et qu'il n'est pas échu au décès du grevé, la succession passe aux héritiers de celui-ci, à charge par eux de fournir des sûretés.

³ La succession est définitivement acquise aux héritiers du grevé dès le moment où, pour une cause quelconque, la dévolution ne peut plus s'accomplir en faveur de l'appelé."

⁶¹⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.408.

⁶¹⁸ Ibid., p. 409.

cause de l'application de deux lois différentes. Cette distinction ne trouve pas de fondement en droit tunisien non plus.

2- Le champ d'application matériel de l'article 24 du Règlement

246. Par champ d'application matériel, on entend déterminer les questions régies par ledit article à savoir celle de la recevabilité et la validité quant au fond des testaments (a), leur modification et révocation (b) ainsi que leurs effets (c).

a- La recevabilité et la validité quant au fond des testaments

247. On note tout d'abord que le Règlement ne définit pas la "recevabilité". Ce terme a particulièrement attiré l'attention de certains auteurs car ils considèrent qu'il ne s'agit pas d'une question classique mais d'une notion "ambigüe"⁶¹⁹. A cet effet, pour clarifier cette notion, ils estiment qu' "il semble possible de comprendre du paragraphe 2 de l'article 25 que par "recevabilité", le règlement entendrait la possibilité même d'établir le pacte puisque ce texte ne détermine la loi applicable à sa validité, à ses effets et à sa dissolution qu'une fois réglée la question de sa "recevabilité"⁶²⁰. On rappelle à cet égard, que l'article 25 est relatif aux pactes successoraux, mais le même raisonnement peut être admis pour les testaments⁶²¹.

D'autres auteurs pensent qu'une "disposition est recevable (...) lorsque la loi applicable accepte de la considérer comme pouvant être reconnue et produire ses effets, sous réserve de sa validité au fond"⁶²². "Il s'agit de savoir si la disposition en cause est autorisée dans son principe par le droit de l'État dont la

⁶¹⁹ G. KAHIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", article précité, p. 63, n°141.

⁶²⁰ Ibidem.

⁶²¹ H. PEROZ ET E. FONGARO, op. cit., p.417, n°1114.

⁶²² P. LAGARDE, *Commentaire*, Dalloz, article 24, n°3.

loi est applicable"⁶²³. On avance ainsi l'exemple de la substitution fidéicommissaire qui est admise dans certains systèmes juridiques mais interdite par d'autres, celle-ci sera irrecevable au sens du Règlement⁶²⁴. De même, le testament conjonctif n'est admis en Allemagne qu'entre conjoints ou partenaires enregistrés, il est irrecevable lorsqu'un tel lien n'existe pas⁶²⁵.

Pour d'autres commentateurs du Règlement, les termes utilisés dans d'autres langues sont beaucoup plus claires que le terme "*recevabilité*" utilisé par la version française: exemple: "*admissibility*" en anglais ou "*zulässigkeit*" en allemand⁶²⁶. La traduction en langue française de ces termes est "admissibilité". Pareillement, on estime que le terme "admissibilité" est plus approprié, ou du moins, plus clair quant à la question traitée: il s'agit de vérifier si la disposition à cause de mort en question est admise ou pas dans le système juridique de réception.

248. La notion de la validité au fond a été clarifiée par l'article 26 du Règlement. Cet article énumère, à titre indicatif, certains éléments relevant de la validité au fond⁶²⁷. Par ailleurs, une partie de la doctrine se base sur le point (*d*)

⁶²³ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions", *RCDIP* 2012, p. 717, n°29.

⁶²⁴ Ibidem.

⁶²⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 411.

⁶²⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 411, note de bas de page n°11, P. LAGARDE "Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions", op. cit., p. 717, n°29.

⁶²⁷ L'article 26 dispose que: "*Aux fins des articles 24 et 25, les éléments ci après relèvent de la validité au fond:*

a) la capacité de la personne qui dispose à cause de mort de prendre une telle disposition;

b) les causes particulières qui empêchent la personne qui prend la disposition de disposer en faveur de certaines personnes ou qui empêchent une personne de recevoir des biens successoraux de la personne qui dispose;

c) l'admissibilité de la représentation aux fins de l'établissement d'une disposition à cause de mort;

d) l'interprétation de la disposition;

e) la fraude, la contrainte, l'erreur ou toute autre question relative au consentement ou à l'intention de la personne qui dispose."

de cet article pour y inclure "*la possibilité de conversion d'une disposition nulle à une disposition valable*"⁶²⁸.

249. Certains auteurs notent que le Règlement ne fait pas référence aux effets des testaments qui, par "*une interprétation littérale*" restent soumis à la loi successorale⁶²⁹. Ils optent pour une interprétation plus large de l'article 24 pour éviter qu'un testament valide selon la loi hypothétique, n'aura aucun effet selon la loi successorale qui la méconnaît. Tout en rappelant que certains effets restent quand même soumis à la loi successorale comme la vocation successorale, la réduction des libéralité⁶³⁰ etc.

b- La modification et la révocation des testaments

250. Aux termes de l'article 24 paragraphe 3, la loi applicable à la recevabilité et à la validité du testament s'applique aussi à sa modification et à sa révocation. Sur cette question, plusieurs auteurs s'accordent sur la nécessité de distinguer entre la possibilité de révoquer ou de modifier le testament et la validité de la révocation ou de la modification⁶³¹. Cette distinction a pour conséquence l'application de deux lois différentes. En effet, la possibilité de révoquer ou de modifier est soumise à la loi qui aurait été applicable à la succession du testateur au jour de l'établissement du testament. Tandis que la validité de cette modification ou révocation est régie par la loi qui aurait été applicable à la succession le jour de la modification ou de la révocation⁶³² comme l'indique le considérant 51⁶³³ du Règlement.

⁶²⁸ Ibid., p.411.

⁶²⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.413 et 414.

⁶³⁰ Ibid., p. 414 et 415.

⁶³¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.412; H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 419.

⁶³² Ibidem.

⁶³³ Le considérant 51 du Règlement dispose que: "*Dans le cas où il est fait référence, dans le présent règlement, à la loi qui aurait été applicable à la succession de la personne qui dispose, si elle était décédée le jour, selon le cas, de l'établissement de la disposition à cause de mort, de la modification ou de la révocation de la disposition, cette référence doit s'entendre comme étant une référence soit à la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne*

c- Les effets des testaments

251. L'article 24 du Règlement, ne fait aucunement référence aux effets des testaments. Cela veut-il dire que la loi applicable aux testaments n'en régit pas les effets?

Certains auteurs refusent la réponse à l'affirmative et optent pour une interprétation extensive du champ d'application de l'article 24 afin d'éviter les inconvénients de la lecture restrictive⁶³⁴. En effet, si un testament est recevable selon l'article 24 mais inconnu par la loi applicable à la succession, il serait impossible que cette dernière en régie les effets. On note cependant, que certains effets restent soumis à la loi applicable à la succession, dont notamment la vocation successorale des bénéficiaires, les réserves héréditaires, les restrictions à la liberté de disposer etc⁶³⁵ etc. Dans ce cadre, le Considérant 50 dispose ce qui suit: *"La loi, en vertu du présent règlement, régira la recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort ainsi que, en ce qui concerne les pactes successoraux, les effets contraignants d'un tel pacte entre les parties, devrait être sans préjudice des droits de toute personne qui, en vertu de la loi applicable à la succession, peut prétendre à une réserve héréditaire ou jouit d'un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée"*.

B- Détermination de la loi applicable au fond des dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux

252. La loi applicable au fond des testaments est la loi "*hypothétique*" ou "*anticipée*" (1). La renonciation à la loi successorale bien qu'elle soit justifiée (2), elle n'a pu cependant échapper aux critiques (3).

concernée ce jour là, soit, si la personne avait fait un choix de loi en vertu du présent règlement, à la loi de l'État de sa nationalité ce jour là".

⁶³⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.414.

⁶³⁵ Ibidem.

1- Application de la loi hypothétique

253. Selon l'article 24 du Règlement: "*La recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régis par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition*". Il s'en suit que le législateur européen n'a pas soumis les testaments aux règles applicables aux successions *ab intestat*. Bien que les rédacteurs du Règlement avaient bien l'intention de soumettre les testaments à la même loi que celle régissant la succession *ab intestat*⁶³⁶. En effet, la proposition du Règlement n'admettait l'application de la loi hypothétique que pour les pactes successoraux⁶³⁷ en soumettant les testaments à la loi successorale définie au moment du décès du *de cuius*. C'est la même solution qui était consacrée en droit suisse⁶³⁸ et par la Convention de La Haye de 1989⁶³⁹.

254. La différence des régimes applicables aux pactes successoraux et aux testaments était justifiée par certaines considérations liées aux intérêts des gratifiés. Réellement, les espérances et attentes des bénéficiaires des testaments ne nécessitent pas de protection particulière surtout s'il s'agit d'un testament révocable⁶⁴⁰. D'autant plus que le défunt pourrait éviter cet inconvénient en exerçant son droit à la *professio juris* dans les systèmes qui l'autorisent.

255. Les testaments sont donc soustraits à la compétence de la loi successorale et soumis à ce que certains auteurs ont appelé la loi successorale "*hypothétique*"⁶⁴¹ ou "*anticipée*"⁶⁴² ou encore "*la loi de l'établissement de la disposition*"⁶⁴³, par opposition à "*la loi successorale effective*", effectivement

⁶³⁶ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 418.

⁶³⁷ Article 18 paragraphe 1 de la proposition du Règlement.

⁶³⁸ Article 95 alinéa 1 de la LDIP suisse.

⁶³⁹ Articles 9 et 10 de la Convention.

⁶⁴⁰ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", article précité, p. 314.

⁶⁴¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., art. 24.

⁶⁴² H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 418.

⁶⁴³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 415.

applicable au décès"⁶⁴⁴. Il s'agit de "la loi qui aurait régi la succession du disposant s'il était décédé le jour de l'établissement de la disposition"⁶⁴⁵. De ce fait, la validité de la disposition à cause de mort ne saurait être mise en cause par la loi de la résidence habituelle au jour du décès du disposant même s'il s'agit de la loi du for⁶⁴⁶.

Cette position ne semble pas être partagée par une certaine doctrine. En effet, dans l'exemple du défunt qui décède domicilié en France après avoir établi un pacte sur succession future au profit de sa concubine quand il résidait en Allemagne, on se demandait sur le moment d'appréciation de l'internationalité de la succession: est ce au moment de l'établissement de la disposition ou bien est ce au jour du décès du disposant? (Bien que la question ait été posée dans le cas du pacte successoral, le même raisonnement reste aussi valable pour les testaments). Si on admet la première hypothèse, la disposition est valable en application de l'article 25 du Règlement. Alors que si on admet la deuxième hypothèse, l'acte peut être déclaré nul par la loi successorale appréciée au moment du décès (la loi française dans l'exemple précité)⁶⁴⁷.

Cette position a été critiquée dans la mesure où elle prive la règle de la loi hypothétique de son sens s'agissant à la fois des testaments et des pactes successoraux⁶⁴⁸. Cette critique est bien justifiée et est en parfaite harmonie avec les dispositions du Règlement. Cependant, il faut préciser que la règle de l'article 24 peut engendrer certaines difficultés liées notamment à la détermination du jour de l'établissement de l'acte. Il s'agit bien d'une question de fait⁶⁴⁹ qui peut être prouvée par tout moyen.

256. Cette loi hypothétique est donc:

⁶⁴⁴ H. ROSOUX, "Testament- Formation", *Répertoire de droit international*, Dalloz, Juin 2014 (actualisation 2018), n°54.

⁶⁴⁵ P. LAGARDE, "Règlement n°650/2012 sur les successions - Loi applicable", *Répertoire de droit européen*, Dalloz, septembre 2014 (actualisation 2020), n°160.

⁶⁴⁶ Ibidem.

⁶⁴⁷ S. GODECHOT-PATRIS, "Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes", *Recueil Dalloz 2012*, p.2464.

⁶⁴⁸ P. LAGARDE, "Règlement n°650/2012 sur les successions - Loi applicable", op. cit..

⁶⁴⁹ H. ROSOUX, "Testament- Formation", op. cit., n°54.

- soit la loi de la résidence habituelle du testateur au moment de l'établissement de l'acte en application de l'article 21 paragraphe 1er du Règlement. Étant donné que le lieu de l'établissement de l'acte peut être différent de celui du décès par l'effet du conflit mobile, consistant au changement de la résidence habituelle par le défunt. Ceci pourrait avoir pour conséquence l'invalidité du testament par la loi successorale normalement applicable à l'ensemble de la succession. Cette règle pose le problème de la détermination ou encore de la preuve de la résidence habituelle du testateur au moment de l'établissement de l'acte.

- soit la loi avec laquelle la succession a les liens les plus étroits en application de l'article 21 paragraphe 2 du Règlement (la règle subsidiaire).

- soit la loi nationale choisie au moyen de la *professio juris*.

Il est à noter que cette règle n'est pas la création du législateur européen puisque elle a déjà été consacrée dans plusieurs législations comme l'Autriche⁶⁵⁰, l'Espagne⁶⁵¹, Le Japon⁶⁵², La Corée du Sud⁶⁵³...

⁶⁵⁰ L'article 30 du IRP-Gesetz: "*Die Testierfähigkeit und die sonstigen Erfordernisse für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, eines Erbvertrags oder eines Erbverzichtsvertrags sind nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtshandlung zu beurteilen. Wäre danach die Gültigkeit nicht gegeben, wohl aber nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, so gilt dieses*". La loi applicable à la capacité de témoigner et aux autres conditions de validité d'un testament, d'un contrat successoral ou d'un contrat de renonciation à la succession et celle du statut personnel du testateur au moment de l'établissement de l'acte juridique.

⁶⁵¹ L'article 9.8 du code civil espagnol: "(...) *Toutefois, les dispositions testamentaires et les pactes successoraux conformes à la loi nationale du testateur au moment de leur signature conserveront leur validité, même si la loi qui régit la succession est autre.*"

⁶⁵² L'article 27 de la loi de droit international privé: "*Article 27 [Wills]: (1) The formation and effect of a will shall be governed by the national law of the testator at the time of the will's creation. (2) The revocation of a will shall be governed by the national law of the testator at the time of the revocation.*", HOREI, ACT ON THE APPLICATION OF LAWS, Law No. 10 of 1898, Translation by Kent Anderson and Yasuhiro Okuda. ((1) La formation et l'effet d'un testament est régi par la loi nationale du testateur au moment de la création du testament).

⁶⁵³ L'article 50 de la loi de droit international privé sud coréenne du 7 avril 2001: "(Will):

A will shall be governed by the law of nationality of the testator at the time of the
1) *will.*

The amendment or withdrawal of a will shall be governed by the law of nationality
2) *of the testator at the time of the amendment or withdrawal of the will.*

En réalité, le point commun entre ces diverses législations demeure la consécration de la loi applicable au moment de l'établissement de l'acte, contrairement au droit tunisien, qui lui avait opté pour la loi applicable au moment du décès comme on l'avait déjà précisé.

2- Arguments plaidant contre la loi hypothétique

257. Malgré ses avantages, le mécanisme de la loi hypothétique n'a pas échappé aux critiques.

Celles-ci se rapportent tout d'abord à certaines difficultés qu'il suscite. Il s'agit en premier lieu, de la nécessité de déterminer la résidence habituelle au moment de l'établissement de la disposition, surtout si le défunt, pour une raison ou une autre, n'a cessé de déménager⁶⁵⁴. Certains auteurs invoquent même l'intention de fraude ou d'abus. Lors de l'établissement de son testament, le disposant peut changer de résidence afin d'échapper à certaines règles défavorables à la planification de sa succession⁶⁵⁵. Cette position a été critiquée du fait qu'elle semble être exagérée vu l'existence d'autres techniques plus simples que la modification du facteur de rattachement⁶⁵⁶. D'ailleurs, cette crainte peut être évitée par la limitation du domaine de la loi successorale hypothétique en soumettant certaines questions (comme la réserve héréditaire par exemple) à

The method of a will shall be governed by one of the laws in the following 3) subparagraphs:

The law of the country of the testator's nationality at the time of the testator's will . or death;

The law of the habitual residence of the testator at the time of the testator's will . or death;

The lex loci actus at the time of the testator's will; or

The lex situs on the method of will with respect to real . property".

Le testament est régi par la loi nationale du testateur au moment de l'établissement du testament.

⁶⁵⁴ Ibidem.

⁶⁵⁵ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 6ème édition, Paris, Economica, 2010, n°893.

⁶⁵⁶ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", article précité, p. 315.

la loi régissant la succession⁶⁵⁷. On se réfère ainsi par exemple à l'article 23 paragraphe 2 (surtout points h et i)⁶⁵⁸, pour confirmer que le Règlement avait bien soumis certaines questions à la loi successorale déterminée au moment du décès⁶⁵⁹.

258. Hormis ces difficultés, la doctrine évoque l'inconvénient majeur de la loi hypothétique qu'est la scission de la succession⁶⁶⁰. Ce morcellement est le résultat de la limitation de la portée de la loi anticipée aux seules questions de la recevabilité et de la validité quant au fond, alors que le reste des questions successorales restent soumises à la loi applicable à la succession déterminée au moment du décès⁶⁶¹. Ce contact entre deux lois successorales différentes peut engendrer des conflits et des difficultés en pratique. L'exemple caractéristique est lorsque la loi successorale déterminée au moment du décès ignore la disposition valable selon la loi de son établissement ou certaines de ses stipulations⁶⁶². La doctrine invoque dans ce cas, la nécessité de recours à la technique de l'adaptation⁶⁶³ pour remédier à cette difficulté⁶⁶⁴.

⁶⁵⁷ Ibidem.

⁶⁵⁸ On rappelle les points h et i du paragraphe 2 de l'article 23 du Règlement (sur la portée de la loi applicable): " 2. Cette loi régit notamment: (...)

h) la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers;

i) le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires".

⁶⁵⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 423.

⁶⁶⁰ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", article précité, p. 315; H. ROSOUX, "Testament - Formation", article précité, n°56; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 421.

⁶⁶¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 421.

⁶⁶² Ibidem.

⁶⁶³ G. KESSLER, "Partenariat enregistré et union libre internationale", *Répertoire de droit international*, Dalloz, Juillet 2019, n°63. Dans cet article, le rôle de la technique de l'adaptation est défini comme suit: "L'adaptation vise à faire modifier par le juge certaines règles matérielles de la loi qui régit le rapport principal en vue de les adapter aux caractéristiques présentées par les rapports préjudiciels et aux règles étrangères qui le régissent" (CANSACCHI, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *RCADI* t. 83, 1953-II, p. 155), comblant ainsi les lacunes de la loi applicable. La technique pourrait se révéler particulièrement utile en cas de désignation d'une loi qui ignore l'institution. Elle permettra en particulier de régler les problèmes engendrés par le dépeçage du fond et de la procédure".

⁶⁶⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 421.

259. L'application de la loi hypothétique serait aussi de nature à porter atteinte au principe de la coordination et de la coïncidence entre la compétence internationale et la loi applicable consacré par le Règlement⁶⁶⁵. Selon la doctrine, cet inconvénient est encore plus gênant lorsqu'il mène à l'application d'une loi étrangère au for, surtout que le renvoi ne trouve pas à s'appliquer dans ce cas. Car, ce correctif de rattachement contredit le but de l'article 24⁶⁶⁶. A cet effet, le seul cas où il pourrait y avoir coïncidence entre le for et la loi applicable c'est lorsque la juridiction en question est saisie en application de l'article 10 du Règlement (paragraphe 1, point b)⁶⁶⁷ alors même que la loi anticipée est une loi étrangère au for saisi⁶⁶⁸.

3- Arguments plaidant en faveur de la loi hypothétique

260. *"Faut il appliquer la loi successorale telle qu'elle est fixée au moment de la mort du disposant ou convient il d'admettre que l'anticipation successorale appelle le recours à des critères de rattachement différents, mieux adaptés à la nature et à l'objectif de ces procédés?"*⁶⁶⁹ Telle est la question posée par la doctrine pour déterminer la loi la mieux appropriée à s'appliquer aux dispositions à cause de mort, permettant surtout d'éviter les inconvénients du "conflit mobile".

261. En réponse à cette interrogation, on propose deux solutions: soit la *professio juris* soit la loi anticipée⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Ibid, p. 422.

⁶⁶⁶ Ibidem.

⁶⁶⁷ Rappelons les dispositions de l'article 10 paragraphe 1er, point b: " 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où:

(...)

b) le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle".

⁶⁶⁸ Ibidem.

⁶⁶⁹ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", op. cit., p. 297.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 307.

S'agissant de la loi anticipée celle-ci présente plusieurs avantages. D'abord, elle épargne au disposant le souci de modifier les dispositions de son testament à chaque survenance de circonstances obligeant le changement du facteur de rattachement de la loi successorale⁶⁷¹. Elle a, de ce fait, une fonction protectrice: elle protège la disposition née valable le jour de son établissement "*des conséquences potentiellement fatales du "conflit mobile"*"⁶⁷² menant à la probable invalidité de l'acte si la loi de la résidence habituelle a changé au moment du décès. Ensuite, les difficultés qu'engendre la loi anticipée ne sont pas "*insurmontables*"⁶⁷³, car ce mécanisme a l'avantage "*de prévisibilité et de stabilité*"⁶⁷⁴. En effet, l'application de la loi successorale au moment de l'établissement de l'acte répond tant à l'intention du disposant qu'à ses préférences et souhaits quant à la planification de sa succession. Elle lui épargne toute mauvaise surprise liée au changement du facteur de rattachement. D'où la prévisibilité de la loi applicable. Cette prévisibilité mène à la stabilité ainsi qu'à la sécurité juridique liées aussi aux attentes des bénéficiaires de la disposition à cause de mort. Bien que ces attentes ne peuvent prétendre à la protection souhaitée et sont affaiblies si l'acte est révocable, puisqu'ils peuvent être anéantis à tout moment par la simple révocation de la disposition⁶⁷⁵.

262. Pour remédier aux craintes d'abus et de fraude, la doctrine recommande la délimitation du domaine de la loi hypothétique⁶⁷⁶. Cette restriction a surtout l'avantage d'éviter l'atteinte à certaines questions importantes et bénéficiant d'une protection particulière en les soustrayant à l'application de la loi anticipée. Ces questions demeurent régies par la loi successorale déterminée au moment du décès. D'ailleurs, le Règlement semble bien s'en être inspirée, puisqu'il limite le domaine de la loi hypothétique aux seules questions visées par

⁶⁷¹ H. ROSOUX, "Testament - Formation", article précité, n°56.

⁶⁷² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.420.

⁶⁷³ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", op. cit., p. 316.

⁶⁷⁴ Ibidem.

⁶⁷⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 420.

⁶⁷⁶ A. BONOMI, "Les successions internationales: conflits de lois et de juridictions", op. cit., p. 316.

son article 24 à savoir celles de la recevabilité et de la validité quant au fond. A cet égard, le meilleur remède à toutes les difficultés de la loi anticipée reste bien le choix de la loi par la technique de la *professio juris*⁶⁷⁷. Cependant, il est opportun de préciser qu'il s'agit bien du choix de loi au sens de l'article 22 du Règlement et non pas au sens de l'article 24 paragraphe 2.

263. L'article 24 dispose dans son second paragraphe ce qui suit: "*Nonobstant le paragraphe 1, une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées*". Il s'avère de cet article que la portée de la loi choisie dans le cadre d'une disposition à cause de mort est limitée. Il est vrai qu'il s'agit du même mécanisme: la *professio juris* dans le cadre de l'article 24 est exercée dans les mêmes conditions que celle prévue dans l'article 22. Cependant, celles-ci n'ont pas le même champ d'application. Puisque l'*optio juris* dans l'article 22 s'applique à l'ensemble de la succession. Tandis que dans l'article 24, celle-ci est limitée aux questions de la validité et de la recevabilité de l'acte⁶⁷⁸. C'est pourquoi elle n'a qu'une portée limitée et est dépourvue de l'efficacité reconnue pour le choix de la loi applicable à la succession. A cet égard, la doctrine rappelle l'intérêt de la règle de l'article 24 dans son deuxième paragraphe. Il s'agit du cas lorsque le disposant ne souhaite pas choisir la loi applicable à l'ensemble de sa succession mais uniquement à la disposition à cause de mort⁶⁷⁹. De ce fait, cette loi choisie ne s'appliquerait qu'au testament et n'aura aucun effet sur les autres questions successorales qui restent soumises à la loi successorale normalement applicable⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ H. ROSOUX, "Testament-Formation", article précité, n°56.

⁶⁷⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 423; H. ROSOUX, "Testament-Formation", article précité, n°56.

⁶⁷⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 424.

⁶⁸⁰ Ibidem.

II- La loi applicable quant au fond des pactes successoraux

264. Les pactes successoraux sont régis par l'article 25 du Règlement. L'étude de cet article nécessite d'abord la précision de la notion de "pacte successoral", surtout qu'elle a fait l'objet d'une définition jurisprudentielle **(A)**. Elle exige aussi la délimitation de son champ d'application **(B)** pour ainsi déterminer la loi applicable au fond de cette disposition à cause de mort **(C)**.

A- Notion de pacte successoral

265. La notion de pacte successoral nécessite d'être précisée car elle sert à délimiter le champ d'application de l'article 25 du Règlement régissant cette disposition à cause de mort.

266. Dans un arrêt datant du 09 septembre 2021⁶⁸¹, la CJUE s'est prononcée sur la question préjudicielle portant sur la notion de "pacte successoral". En l'espèce, le 22 juillet 1975, *ZI* de nationalité allemande, le père de *UM*, a prévu, par contrat, de transférer, à son décès, en faveur de son fils et de sa belle-fille, pour moitié chacun, la propriété d'un terrain situé en Autriche, y compris tout ce qui, au moment de son décès, y aurait été construit, sous certaines conditions. *ZI* avait désigné la loi autrichienne applicable au contrat, alors que toutes les parties résidaient habituellement en Allemagne au moment de sa conclusion. *UM* a demandé l'inscription sur le livre foncier de son droit de propriété relatif au bien immobilier en cause, en faisant valoir que, au moment du décès de son père, il était l'unique bénéficiaire du contrat (suite à son divorce de sa femme qui était même décédée). Le *Rechtspfleger* (auxiliaire de justice, Autriche) de cette juridiction, chargé de statuer sur cette demande, a considéré que la loi applicable était la loi autrichienne et a rejeté la demande en l'absence de preuves établissant que les conditions requises par le contrat en cause au principal étaient réunies. Le tribunal régional de Klagenfurt, Autriche confirme cette décision et rejette la demande au motif que le règlement Successions n'était pas applicable à l'acte de donation. *UM* a introduit un recours en révision devant

⁶⁸¹ CJUE, 9 septembre 2021, affaire C-277/20

la juridiction de renvoi, l'*Oberster Gerichtshof* (Cour suprême, Autriche). Cette juridiction admet que la question de la validité du choix du droit autrichien comme loi applicable dans un contrat translatif de propriété à cause de mort et l'application du règlement successions à celui-ci sont des questions préalables qu'elle doit invoquer d'office pour pouvoir répondre à la question de la compétence fonctionnelle de l'auxiliaire de justice dans le litige au principal.

C'est ainsi que la CJUE a été saisie de la première question préjudicielle liée à la notion de "pacte successoral" reprise en ces termes: "*Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement Successions doit être interprété en ce sens qu'un contrat en vertu duquel une personne prévoit le transfert futur, lors de son décès, de la propriété d'un bien immobilier lui appartenant à d'autres parties contractantes constitue un pacte successoral, au sens de cette disposition ?*"⁶⁸².

En réponse à cette question, la CJUE commence par rappeler les dispositions de l'article 1er, paragraphe 2, sous g) qui exclut les donations du champ d'application du Règlement⁶⁸³. La Cour procède, ensuite, à la qualification du "pacte successoral" comme étant une "disposition à cause de mort" au même titre que le testament et le testament conjonctif. Elle cite après, la définition du "pacte successoral" au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b). En interprétant ces dispositions de l'article 3, la Cour considère qu'elles visent: "*de manière générale, un accord qui notamment confère des droits dans la succession future*"⁶⁸⁴.

⁶⁸² CJUE, 9 septembre 2021, affaire C-277/20, n°26.

⁶⁸³ Rappel des dispositions de l'article 1er, paragraphe 2, sous g): "*2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...)*

g) les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, de la propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant, de plans de retraite, de contrats d'assurance et d'arrangements analogues, sans préjudice de l'article 23, paragraphe 2, point i".

⁶⁸⁴ le n°30 de l'arrêt.

Par la lecture combinée de l'article 3, paragraphe 1, sous a)⁶⁸⁵ et sous b), la Cour finit par déduire : " *qu'un contrat en vertu duquel une personne prévoit le transfert futur, lors de son décès, de la propriété d'un bien immobilier lui appartenant et qui confère ainsi des droits dans sa future succession à d'autres parties à ce contrat constitue un "pacte successoral", au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement Successions*"⁶⁸⁶.

267. En l'espèce, s'est posée la question spécifique de savoir si l'acte de "donation à cause de mort" peut être qualifié de "pacte successoral" et donc entrant dans le champ d'application du Règlement. Sur cette question, l'Avocat Général précise dans ses conclusions que l'article 1er, paragraphe 2, sous g) doit être lu à la lumière du Considérant 14 du Règlement⁶⁸⁷ utilisant l'expression: "*libéralités ou autres formes de dispositions entre vifs qui donnent naissance à un droit réel avant le décès*"⁶⁸⁸. Il est donc question de déterminer le critère de distinction entre les libéralités et les dispositions à cause de mort. Ce critère, qualifié d'essentiel par l'Avocat Général, réside dans les droits du donataire sur les biens successoraux par rapport aux autres héritiers sur une succession non ouverte⁶⁸⁹. Aussi conclut-il que: "*relève de la notion de "pacte successoral" un acte de donation entre vifs en vertu duquel le transfert, au profit du donataire, de*

⁶⁸⁵ Rappel des dispositions de l'article ,3 paragraphe 1, sous a): " 1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

a) "*succession*", la succession à cause de mort, ce terme recouvrant toute forme de transfert des biens, de droits et d'obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession *ab intestat*".

⁶⁸⁶ Le n° 32 de l'arrêt.

⁶⁸⁷ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL, M. JEAN RICHARD DE LA TOUR, présentées le 1^{er} juillet 2021, Affaire C-277/20, n°36.

⁶⁸⁸ Le considérant 14 du Règlement dispose que: "*Les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités, devraient également être exclus du champ d'application du présent règlement. Néanmoins, c'est la loi désignée par le présent règlement comme étant la loi applicable à la succession qui précise s'il convient que les libéralités ou autres formes de dispositions entre vifs qui donnent naissance à un droit réel avant le décès fassent l'objet d'un rapport ou d'une réduction aux fins du calcul des parts des bénéficiaires conformément à la loi applicable à la succession.*"

⁶⁸⁹ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL, M. JEAN RICHARD DE LA TOUR, présentées le 1^{er} juillet 2021, Affaire C-277/20, n°40.

la propriété d'un bien ou des biens qui constituent même partiellement le patrimoine successoral du donateur n'intervient qu'à son décès"⁶⁹⁰.

La CJUE confirme les conclusions du rapporteur en décidant que: "*lorsqu'une disposition figurant dans un accord relatif à une succession consiste, à l'instar d'une libéralité, au sens dudit article 1er, paragraphe 2, sous g), en une donation, mais ne prend effet qu'au décès du de cujus, elle relève du champ d'application du même règlement*"⁶⁹¹.

268. Certains auteurs ont approuvé cette position de la Cour. Ils affirment ainsi, que l'accord qui confère des droits sur une succession future doit être qualifié de pacte successoral, même s'il est assorti de conditions, vu que l'article 3, paragraphe 1, sous b) n'interdit pas les accords conditionnels⁶⁹². Le terme "libéralités" doit être entendu limitativement pour n'exclure du champ d'application du Règlement que celles constitutives de droits avant le décès ou bien qui entraînent le transfert de biens en dehors de la succession⁶⁹³. De ce fait, les donations constitutives de droits sur le patrimoine du défunt sont considérées comme étant un mode de transmission de la succession relevant du champ d'application du Règlement⁶⁹⁴. C'est le cas de la donation partage entre époux du droit français, de la donation partage, de la renonciation anticipée à l'action en réduction⁶⁹⁵.

269. La notion de "pacte successoral" englobe aussi les contrats testamentaires et les testaments mutuels (*mutual wills*) de la *common law*⁶⁹⁶. Fortement inspirée de la convention de La Haye du 1er août 1989⁶⁹⁷, la notion de

⁶⁹⁰ Ibidem, n°51.

⁶⁹¹ Le n° 36 de l'arrêt.

⁶⁹² P. CALLE, "Règlement européen sur les successions internationales: notion de pacte successoral et précisions sur les dispositions transitoires", in *Dalloz actualité* 28 septembre 2021.

⁶⁹³ Ibidem.

⁶⁹⁴ Ibidem.

⁶⁹⁵ Ibidem, Voir aussi A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 432.

⁶⁹⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 432; les contrats testamentaires de la *common law*: "contract to make, or not to make, a will", "contract not to revoke and not to modify a will".

⁶⁹⁷ Les pactes successoraux sont définis dans la convention de La Haye de 1989 dans son article 8 en ces termes: " un pacte successoral est un accord, fait par écrit ou résultant de

"pacte successoral" dans le Règlement couvre, plus généralement, aussi bien "*les pactes positifs (ou d'attribution) que les pactes négatifs (ou de renonciation)*"⁶⁹⁸.

B- Le champ d'application matériel de l'article 25 du Règlement

270. L'article 25⁶⁹⁹ du Règlement précise les questions qu'il régit. Il s'ensuit que le champ d'application matériel englobe la recevabilité et la validité au fond du pacte **(1)** ainsi que ses effets **(2)**.

1- La recevabilité et la validité au fond du pacte successoral

271. La question de la recevabilité de l'acte est essentielle surtout pour les pactes successoraux vu la grande divergence caractérisant les systèmes juridiques⁷⁰⁰. Il s'agit, entre autres, de déterminer les restrictions pouvant exister dans certaines législations⁷⁰¹. On cite notamment, les restrictions quant aux personnes comme c'est le cas de certains États qui ne permettent ces dispositions que pour les conjoints ou les partenaires (exemple: l'Allemagne⁷⁰² et

testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'accord".

⁶⁹⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 152 et 153.

⁶⁹⁹ Cet article dispose que: "" 1. *Un pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu.*

2. Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu.

Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits".

⁷⁰⁰ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions", op. cit., p.717; voir aussi: A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 434 et 435.

⁷⁰¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.435.

⁷⁰² Le paragraphe 2265 du BGB allemand dispose que: "*Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden*" (Un testament conjonctif ne peut être

l'Autriche⁷⁰³). On cite aussi les restrictions quant aux biens (le droit italien⁷⁰⁴). les pactes successoraux sont en principe interdits en droit français sauf dans les cas autorisés par la loi⁷⁰⁵. Ces cas sont multiples: la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation partage, la donation entre époux des biens à venir, les testaments partage, etc⁷⁰⁶.

En droit tunisien, les pactes successoraux sont strictement interdits en application de l'article 66 du COC qui dispose que: "*L'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine, sauf les exceptions établies par la loi.*"

Néanmoins, on ne peut, à peine de nullité absolue, renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession ou sur l'un des objets qui y sont compris, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit". La doctrine tunisienne justifie cette disposition par des considérations d'ordre morale mais aussi, par le fait que les pactes ou conventions ayant pour objet une succession futur ont pour effet de dénaturer les règles successorales qui sont d'ordre public⁷⁰⁷. Cette deuxième

rédigé qu'entre époux); Le paragraphe 10, alinéa 4 du *Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG* dispose que: "(4) *Lebenspartner können ein gemeinschaftliches Testament errichten. Die §§ 2266 bis 2272 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend*". (Les partenaires de vie peuvent rédiger un testament conjonctif. Les articles 2266 à 2272 du Code civil allemand s'appliquent en conséquence).

⁷⁰³ Le paragraphe 1249 du ABGB dispose que: "*Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch die künftige Erbschaft oder ein Teil derselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden (§ 602). Ein solcher Vertrag muss als Notariatsakt und mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden*". (Un pacte successoral peut également être conclu entre époux, par lequel l'héritage futur ou une partie de celui-ci est promis et la promesse est acceptée (*article 602*). Un tel pacte doit être établi sous la forme d'un acte notarié et avec toutes les exigences d'un testament écrit).

⁷⁰⁴ L'article 768 bis du code civil italien dispose que le pacte de famille est le contrat par lequel, conformément aux dispositions sur l'entreprise familiale et dans le respect des différents types de sociétés, l'entrepreneur transfère l'entreprise, en tout ou en partie, et le titulaire des parts sociales transfère, en tout ou partie de ses actions, à un ou plusieurs descendants.

⁷⁰⁵ L'article 722 du code civil français dispose que: "*Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi*".

⁷⁰⁶ V. MARMEY-RAVAU, F. VARIN, "Vivre", in *L'international, qualifier, rattacher, authentifier*, 115ème congrès des notaires de France, Bruxelles, 2-5 juin 2019, p. 914 et 1014.

⁷⁰⁷ حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، المواريث و التبرعات، الكتاب الأول: المواريث، مجمع الأطرش، 2017، ص. 315.

justification ne peut être soutenue dans la mesure où, ni en droit musulman, ni en droit tunisien, les règles successorales ne sont considérées d'ordre public car il est légalement permis d'y transiger⁷⁰⁸.

Pour la validité quant au fond, on rappelle les dispositions de l'article 26 du Règlement, déjà citées dans le cadre des testaments, qui s'appliquent aussi aux pactes successoraux⁷⁰⁹. Certains auteurs ajoutent à ces questions prévues par l'article 25, la question de la possibilité de conversion du pacte successoral nul en une autre disposition valable, notamment la conversion du pacte en plusieurs testaments valables⁷¹⁰. Ces auteurs s'appuient sur l'article 26, paragraphe 1er, sous d) relatif à l'interprétation de la disposition.

2- Les effets des pactes successoraux

272. La loi applicable aux pactes successoraux régit aussi les effets de ces dispositions. L'article 25 du Règlement fait d'abord mention aux effets contraignants des pactes entre les parties, y compris les conditions de leur dissolution. En comparaison avec le testament, qui peut être révoqué à tout moment, le pacte successoral a l'avantage⁷¹¹ d'être irrévocable. Celui-ci, qualifié de contrat, ne peut être révoqué que d'un commun accord des parties sous réserve de stipulations particulières⁷¹².

⁷⁰⁸ فرج القصير، أحكام المواريث في القانون التونسي، دار الميزان للنشر، طبعة ثانية، سبتمبر 2001، ص.96.

L'article 1465 du COC dispose que: "*On peut transiger sur les droits héréditaires déjà acquis moyennant une somme inférieure à la portion légitime établie par la loi, pourvu que les parties connaissent la quotité de la succession*".

⁷⁰⁹ L'article 26 du Règlement dispose que: "*Aux fins des articles 24 et 25, les éléments ci-après relèvent de la validité au fond (...)*".

⁷¹⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.435.

⁷¹¹ En effet, l'irrévocabilité du pacte présente d'abord l'avantage de la stabilité du choix quant à la planification de la succession. Il a ensuite, le mérite de la sécurité juridique et de la prévisibilité puisque les successibles participent à l'élaboration de l'acte. Les parties aux pactes sont donc en connaissance parfaite de leurs droits sur la succession future. Voir: I. ARSEGUÉL-MEUNIER et L. GALLIEZ, "Dossier "Successions internationales": La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé (I)", *AJ Famille 2015*, p. 378 et suivants.

⁷¹² I. ARSEGUÉL-MEUNIER et L. GALLIEZ, "Dossier "Successions internationales": La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé (I)", in *AJ Famille 2015*, p. 378 et suivants.

273. Selon les commentateurs du Règlement, la question des effets contraignants des pactes et des testaments mutuels est intimement liée à celle de la recevabilité⁷¹³. C'est ce qui justifie leur insertion dans le domaine de la loi applicable à ces dispositions à cause de mort. Cette loi doit déterminer aussi les dispositions du pacte ou des testaments mutuels ayant le caractère irrévocable, surtout dans les systèmes juridiques qui n'accordent cette qualification qu'à certaines de leurs stipulations⁷¹⁴. Elle doit déterminer, en outre, le moment à partir duquel la disposition à cause de mort en question devient irrévocable⁷¹⁵.

274. la dissolution, étant une atténuation à l'effet contraignant des pactes successoraux, doit être aussi régi par la loi désignée par l'article 25 du Règlement⁷¹⁶. Celle-ci peut être volontaire ou légale.

Elle est volontaire si elle est le résultat d'un commun accord entre les deux parties, ou bien en cas d'inexécution de l'une des obligations contractuelles⁷¹⁷. Elle peut aussi avoir lieu en cas de la survenance d'une cause d'exhérédation de l'une des parties ou suite à l'existence d'un vice de consentement⁷¹⁸.

La dissolution est légale en présence de l'une des causes légales de révocation comme le divorce des conjoints parties au pacte par exemple⁷¹⁹.

275. Hormis les effets contraignants des pactes successoraux, les commentateurs du Règlement évoquent les mêmes reproches formulées dans le cadre de l'article 24 du Règlement relatives aux effets des dispositions contenues dans le pacte. Ainsi, une interprétation large doit être attribuée à l'article 25 afin d'éviter le risque de contradiction entre la loi applicable au pacte et la loi successorale prohibant une partie ou la totalité de ses dispositions⁷²⁰. Cependant, certains effets restent quand même régis par la loi successorale comme la quotité

⁷¹³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 435.

⁷¹⁴ Ibidem.

⁷¹⁵ Ibidem.

⁷¹⁶ Ibid, p. 436.

⁷¹⁷ Ibidem.

⁷¹⁸ Ibidem.

⁷¹⁹ Ibidem.

⁷²⁰ Ibid., p. 437.

disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer⁷²¹.

276. Les commentateurs du Règlement invoquent aussi la question spécifique du pacte de renonciation. Il s'agit du pacte par lequel un héritier réservataire renonce à ses droits dans une succession future. On précise à cet effet, qu'au même titre que le pacte attribuant des droits à la succession, le pacte de renonciation doit être régi par la loi désignée en application de l'article 25 et doit être reconnu et validé par la loi successorale alors même que celle-ci prohibe la renonciation anticipée⁷²². A cet égard, un débat doctrinal s'est levé concernant la possibilité de revenir sur son engagement de renonciation par l'héritier réservataire. Selon une première position, l'héritier réservataire ayant conclu un pacte de renonciation garde toujours la possibilité d'invoquer ses droits à la succession qui lui sont reconnus par la loi successorale applicable au moment du décès. Cette position s'appuie d'abord, sur la renonciation du législateur européen à la reprise de l'article 18 de la proposition du Règlement⁷²³. Cet article prévoyait dans son paragraphe 4, que l'application de la loi hypothétique ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers au pacte et qui, en vertu de la loi applicable à la succession, ont un droit à réserve ou un autre droit dont ils ne peuvent être privés par la personne dont la succession est concernée. Le réservataire partie à un pacte de renonciation ne pouvait donc revenir sur son engagement. Le législateur européen n'ayant pas repris cette disposition, aurait ainsi eu l'intention de préserver le droit pour les héritiers réservataires de revendiquer leurs droits sur la succession du défunt alors même qu'ils aient consenti à un pacte de renonciation.

La même position s'appuie ensuite, sur le considérant 50 du Règlement⁷²⁴ prévoyant que "*toute personne*" partie à un pacte successoral peut exiger son

⁷²¹ Ibidem.

⁷²² Ibidem.

⁷²³ Ibid., p. 438.

⁷²⁴ Le considérant 50 du Règlement dispose ce qui suit: "*La loi qui, en vertu du présent règlement, régira la recevabilité et la validité a fond d'une disposition à cause de mort ainsi que, en ce qui concerne les pactes successoraux, les effets contraignants d'un tel pacte entre les parties, devrait être sans préjudice des droits de toute personne qui, en vertu de la loi*

droit à la réserve héréditaire dont elle bénéficie. L'expression "*toute personne*" regroupe tous les héritiers réservataires, même s'ils aient signé un pacte de renonciation⁷²⁵.

Cette position a été critiquée pour deux considérations. S'agissant d'abord de l'exclusion par le législateur européen des dispositions du paragraphe 4 de l'article 18, certains auteurs l'ont justifiée par son caractère superflu puisque l'article 25 a bien précisé que la loi applicable au pacte successoral régit aussi ses effets contraignants⁷²⁶. S'agissant ensuite, du considérant 50 du Règlement, certains commentateurs considèrent qu'il ne permet pas d'y inclure les héritiers réservataires ayant conclu un pacte de renonciation. Bien au contraire, ceux-ci sont dans l'obligation du respect de leurs engagements eu égard aux effets contraignants des pactes successoraux, d'une part⁷²⁷. D'autre part, la première position prive l'article 25 du Règlement de toute utilité en rapport avec le pacte de renonciation, celui-ci étant une variante des pactes successoraux⁷²⁸.

C- Détermination de la loi applicable au fond des pactes successoraux

277. Comme c'est le cas pour les testaments, la loi applicable aux pactes successoraux, en l'absence de *professio juris* est la loi hypothétique ou anticipée. A l'instar de la Convention de La Haye de 1989, l'article 25 distingue entre le pacte qui concerne la succession d'une seule personne (ou "*unilatéral*"⁷²⁹) **(1)** et le pacte qui concerne la succession de plusieurs personnes ("*bilatéral ou multilatéral*")⁷³⁰ **(2)**.

applicable à la succession, peut prétendre à une réserve héréditaire ou jouit d'un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée".

⁷²⁵ A. Bonomi et P. Wautelet, op. cit., p. 438.

⁷²⁶ Ibidem, note de bas de page n°25.

⁷²⁷ Ibid., p. 438.

⁷²⁸ Ibid., p. 439.

⁷²⁹ Ibid., p. 440.

⁷³⁰ Ibid., p. 442.

Par ailleurs, la loi applicable peut être choisie en mettant en œuvre le mécanisme de la *professio juris*. Ce choix, a fait aussi l'objet d'une interprétation jurisprudentielle liée surtout aux dispositions transitoires du Règlement (3).

1- Détermination de la loi applicable au pacte concernant la succession d'une seule personne

277. D'après l'article 25 paragraphe 1 du Règlement, la loi applicable aux pactes successoraux unilatéraux est celle qui "*aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu*".

L'article 25 est fortement inspiré de l'article 9 de la Convention de La Haye de 1989⁷³¹. Cependant, le Règlement ne prévoit qu'un seul rattachement. Contrairement à la Convention de La Haye, qui accorde la "*faculté de rattrapage*"⁷³² par la consécration d'un rattachement "*alternatif*"⁷³³ assurant la validité du pacte⁷³⁴. La proposition du Règlement prévoyait un rattachement alternatif, auquel il a été renoncé en adoptant le Règlement⁷³⁵. Cette renonciation a été saluée par une certaine doctrine. Celle-ci estime que le rattachement unique

⁷³¹ L'article 9 paragraphe 1 de la Convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets, et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1 aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu*".

⁷³² P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions",

⁷³³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 440.

⁷³⁴ L'article 9 de la Convention de La Haye de 1989 prévoit un rattachement alternatif. Ainsi dispose-t-il dans son paragraphe 2 que: "*Si selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu des articles 3 ou 5 paragraphe 1. cette même loi régit alors les effets du pacte et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets*".

⁷³⁵ Ce rattachement alternatif était prévu par l'article 18 paragraphe 1 de la proposition du Règlement disposant ce qui suit: " 1. *Un pacte qui concerne la succession d'une personne est régi par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu. Si, selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu du présent règlement. Le pacte est alors régi par cette loi*".

a le mérite de garantir la sécurité juridique et que l'application de la loi successorale effective (telle que prévue dans la Convention de La Haye et dans la proposition du Règlement en tant que rattachement alternatif) ne fera que perdurer l'incertitude quant à la loi applicable au pacte jusqu'au jour du décès du disposant⁷³⁶.

278. La loi applicable aux pactes successoraux "*unilatéraux*" est soit la loi de la dernière résidence habituelle du défunt au jour de l'établissement de l'acte, soit celle avec laquelle la succession a les liens les plus étroits le même jour, soit la loi nationale choisie moyennant la *professio juris* si celle-ci était applicable au jour de l'établissement de la disposition. Ainsi, on note que lorsqu'il s'agit du pacte unilatéral, la détermination de la loi applicable se fait par référence à la personne dont la succession est concernée et non pas par rapport aux autres parties au pacte⁷³⁷.

279. Comme pour les testaments, la loi anticipée applicable aux pactes successoraux permet d'éviter les inconvénients du conflit mobile et assure la validité du pacte. Les commentateurs du Règlement notent que cet avantage est particulièrement plus important pour les pactes. En effet, si les systèmes juridiques sont assez proches en matière testamentaire, il n'en est pas de même pour les pactes, qui sont prohibés dans plusieurs ordres nationaux⁷³⁸.

280. Contrairement aux testaments, qui sont en majorité librement révocables, les dispositions contraignantes du pacte peuvent être remises en cause en cas de conflit mobile, mettant ainsi en péril les droits et attentes légitimes des bénéficiaires du pacte⁷³⁹. En effet, ce changement peut aboutir à l'anéantissement de l'acte. Il peut résulter de la décision unilatérale du disposant de révoquer le contrat⁷⁴⁰. Il peut aussi être intentionnel afin de priver les ou certains des participants au pacte de leurs droits. C'est pour cette raison, que

⁷³⁶ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", article précité, p. 718.

⁷³⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 440.

⁷³⁸ *Ibidem*.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 441.

⁷⁴⁰ *Ibidem*.

certain auteurs considèrent que la loi anticipée doit être admise même en cas de choix de la loi applicable à la succession. Il y a lieu d'appliquer ainsi la loi nationale choisie au moment de la rédaction de l'acte, même si le disposant revient postérieurement sur son choix⁷⁴¹. Bien évidemment, ce problème ne se pose pas lorsque le choix de la loi est fait dans la disposition elle-même. Celui-ci relèvera désormais, des effets contraignants du contrat et ne peut être révoqué unilatéralement⁷⁴². Ces mêmes auteurs admettent, cependant, qu'il serait excessif d'imposer la loi anticipée lorsque toutes les parties au pacte conviennent du changement de la loi choisie⁷⁴³.

2- Détermination de la loi applicable aux pactes concernant les successions de plusieurs personnes

281. D'après l'article 25 du Règlement, le pacte successoral concerne plusieurs personnes lorsqu'il implique la succession de deux ou de plusieurs personnes. Le pacte bilatéral concerne généralement les successions des deux parties au contrat (les conjoints par exemple) générant des dispositions réciproques ou bien au profit d'autres personnes⁷⁴⁴.

282. Pour la détermination de la loi applicable la mieux appropriée à régir ces actes, la doctrine n'était pas unanime. En effet, plusieurs solutions ont été avancées. Selon la première conception (la doctrine allemande notamment), il y a lieu d'appliquer les différentes lois successorales relatives aux successions des personnes concernées au moment de la rédaction du pacte de manière "*distributive*"⁷⁴⁵. Ainsi, la succession de chaque partie au pacte sera régie par une loi distincte.

Cette conception présente plusieurs insuffisances. La plus importante est le risque d'inégalité lorsque la loi applicable à la succession de l'un ou de certains

⁷⁴¹ Ibidem.

⁷⁴² Ibidem.

⁷⁴³ Ibidem.

⁷⁴⁴ Ibidem.

⁷⁴⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. Cit., p. 442.

des parties au pacte n'autorise pas ladite disposition ou bien ne lui octroie pas l'effet contraignant⁷⁴⁶.

Selon une deuxième conception, jugée plus favorable par certains auteurs⁷⁴⁷, consiste à l'application "*alternative*" des lois successorales applicables aux successions des personnes concernées et qui aboutit nécessairement à mettre en œuvre la loi la plus favorable à la recevabilité du pacte⁷⁴⁸. C'était d'ailleurs la solution consacrée dans la proposition du Règlement⁷⁴⁹, à laquelle le législateur européen avait renoncé. En effet, l'article 25 du Règlement paragraphe 2 dispose dans son premier alinéa ce qui suit: "*Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu*".

Il s'avère donc que le législateur européen a préféré le rattachement "*cumulatif*"⁷⁵⁰. Ainsi, le pacte n'est recevable que s'il l'est par toutes les lois successorales applicables aux successions de toutes les personnes concernées au moment de l'établissement de l'acte. Cette solution est nettement influencée par la Convention de La Haye de 1989⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 443.

⁷⁴⁷ Ibidem.

⁷⁴⁸ Ibidem.

⁷⁴⁹ L'article 18 paragraphe 2 de la proposition du Règlement disposait ce qui suit: " 2. *Un pacte qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est valide au fond que si cette validité est admise par la loi qui, en application de l'article 16, aurait été applicable à la succession de l'une des personnes dont la succession est concernée en cas de décès au jour où l'accord a été conclu. Lorsque le contrat est valide en application de la loi applicable à la succession d'une seule de ces personnes, cette loi s'applique. Lorsque le contrat est valide en application de la loi applicable à la succession de plusieurs de ces personnes, le pacte est régi par la loi avec lequel il présente les liens les plus étroits*".

⁷⁵⁰ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement sur les successions", article précité, p. 718; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 442.

⁷⁵¹ C'est la solution consacrée dans l'article 10 de la Convention de La Haye de 1989 disposant ce qui suit: " 1. *Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu*.

Certains commentateurs du Règlement considèrent qu'il s'agit d'une solution prudente puisqu'elle est plus équitable que la méthode distributive et est source de prévisibilité et de sécurité juridique⁷⁵². Mais elle n'assure pas la recevabilité de l'acte comme c'est le cas pour la méthode alternative⁷⁵³. D'ailleurs, certains auteurs la jugent de "*relativement rigide*"⁷⁵⁴ en admettant que le seul remède à cette rigidité est la *professio juris* faite par toutes les parties au pacte en application du Règlement⁷⁵⁵, pourvu que la loi nationale choisie soit favorable à la recevabilité du pacte⁷⁵⁶.

Il y lieu de rappeler le second alinéa du deuxième paragraphe de l'article 25 du Règlement disposant ce qui suit: "*Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits*".

283. Cette solution du Règlement quant à la détermination de la loi applicable à la validité et aux effets contraignants du pacte successoral multilatéral impose la recherche du système juridique qui serait le plus proche dudit pacte. Il va sans dire que cette disposition impose de raisonner au cas par cas. Il est évident aussi que la détermination de la loi qui présenterait les liens les plus étroits avec le pacte sera soumise à l'appréciation souveraine du juge ce qui pourrait être source de l'insécurité juridique. D'ailleurs, certains commentateurs du Règlement évoquent certains inconvénients de la règle dont surtout le risque de l'imprévisibilité pour les parties, notamment au moment de la rédaction du pacte⁷⁵⁷ pouvant même porter atteinte à leurs attentes légitimes.

2. *Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois*".

⁷⁵² A. Bonomi et P. Wautelet, op. cit., p. 443.

⁷⁵³ Ibidem.

⁷⁵⁴ P. Lagarde, "Les principes de base du nouveau règlement sur les successions", article précité, p. 718.

⁷⁵⁵ Ibidem.

⁷⁵⁶ A. Bonomi et P. Wautelet, op. cit., p. 443.

⁷⁵⁷ Ibid., p. 444.

3- Admission de la *professio juris* pour les pactes successoraux

284. Aux termes de l'article 25 paragraphe 3 du Règlement: "*3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées*".

Comme c'est le cas pour les testaments, la *professio juris* dans le cadre des pactes successoraux vient s'ajouter à celle applicable à la totalité de la succession, objet de l'article 22 du Règlement. Le choix de loi en matière de pacte successoral a été aussi prévu dans la Convention de La Haye de 1989⁷⁵⁸.

Pareillement aux testaments, la loi nationale choisie ne régit que la recevabilité, la validité ainsi que les effets contraignants du pacte. La succession reste donc soumise à la loi successorale normalement applicable: avec ou sans *professio juris*.

Les mêmes critiques y ont aussi été adressées dont surtout le morcellement de la succession "*entraînant des difficultés de qualification et d'adaptation*"⁷⁵⁹. C'est pourquoi les commentateurs du code conseillent toujours le recours à la *professio juris* telle que prévue à l'article 22 du Règlement⁷⁶⁰.

En outre, le choix de loi dans le pacte multilatéral porte sur la loi nationale de l'une des parties à l'acte qui peuvent être de nationalités différentes. Certains

⁷⁵⁸ L'article 11 de la Convention de La Haye de 1989 dispose ce qui suit: "*Les parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un État dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité*".

⁷⁵⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.447.

⁷⁶⁰ Ibidem

auteurs cautionnent ce choix élargissant "l'éventail d'options"⁷⁶¹ du fait qu'il constitue une atténuation à la rigidité du rattachement cumulatif prévu par l'article 25 du Règlement⁷⁶².

285. Il y a lieu de citer enfin, les termes de l'article 83 paragraphe 2 disposant ce qui suit: "2. *Lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité*". Cet article contient une disposition transitoire qui valide le choix de loi fait avant l'entrée en vigueur du Règlement s'il est conforme, au moment du choix, aux règles de droit international privé de l'État dans lequel le disposant avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité.

A cet égard, s'est posée à la CJUE la question de savoir si cette disposition s'appliquerait au choix de loi fait dans un pacte successoral? La Cour dans son arrêt précité du 9 septembre 2021, a répondu par la négative en admettant que: "*l'article 83, paragraphe 2, du règlement Successions doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas applicable à l'examen de la validité du choix de la loi applicable, effectué avant le 17 août 2015, pour régir uniquement un pacte successoral*".

Paragraphe 2: La loi applicable à la forme des dispositions à cause de mort

286. On entend par "*validité formelle*" des dispositions à cause de mort: "*les formalités qui sont exigées pour l'établissement de telles dispositions*"⁷⁶³. A cet égard, l'article 27 paragraphe 3 du Règlement précise que: "3. *Aux fins du*

⁷⁶¹ Ibid., p. 448.

⁷⁶² Ibidem; voir aussi: P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement sur les successions", article précité, p. 718.

⁷⁶³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.465.

*présent article, toute disposition légale qui limite les formes admises pour les dispositions à cause de mort en faisant référence à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur ou des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral, est considérée comme relevant du domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doit posséder tout témoin requis pour la validité d'une disposition à cause de mort*⁷⁶⁴.

L'étude de la loi applicable à la forme de dispositions à cause de mort oblige de préciser d'abord le champ d'application du texte la régissant **(I)** avant de s'attarder sur la détermination de cette loi **(II)**.

I- Le champ d'application de la loi applicable à la validité formelle des dispositions à cause de mort

287. Contrairement à la validité quant au fond, la loi applicable à la validité de la forme des dispositions à cause de mort n'est pas tributaire de la nature de la disposition. En effet, l'article 27 s'applique à toutes les dispositions à cause de mort à savoir les testaments et les pactes successoraux. Celui-ci est fortement inspiré par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. D'ailleurs, cette convention est encore en vigueur dans plusieurs États européens. Aussi rappelle-t-on à cet effet, que le Règlement prévoit la primauté des dispositions de ladite Convention sur celles de l'article 27 s'agissant de la validité quant à la forme des testaments et des testaments conjonctifs⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Cette précision est également prévue dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires dans son article 5 disposant ce qui suit: "*Aux fins de la présente Convention, les prescriptions limitant les formes de dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire*".

⁷⁶⁵ L'article 75 paragraphe 1 du Règlement dispose que: "*1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui portent sur des matières régies par le présent règlement.*"

288. Pareillement à la Convention de La Haye de 1961⁷⁶⁶, l'article 27 du Règlement s'applique aussi aux dispositions à cause de mort modifiant ou révoquant une disposition antérieure⁷⁶⁷.

Les commentateurs du code rappellent aussi les articles 22, 24 et 25 du Règlement prévoyant que le choix de loi doit être expresse dans une déclaration ayant la forme d'une disposition à cause de mort, pour conclure que ces déclarations font aussi partie du champ d'application de l'article 27⁷⁶⁸. Cet article prévoit expressément qu'il ne s'applique qu'aux dispositions à cause de mort établies par écrit⁷⁶⁹. Cette précision est en harmonie avec l'exclusion expresse par le Règlement des dispositions faites oralement du champ d'application de la loi applicable à la forme des dispositions à cause de mort⁷⁷⁰.

289. Par ailleurs, s'est posée la question de savoir si l'interdiction des testaments conjonctifs relève de la validité quant au fond ou bien de la validité formelle?

Cette question tire ses raisons de la divergence des solutions des systèmes juridiques dont certains la qualifient comme relevant de la forme, d'autres

En particulier, les États membres qui sont parties à la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continuent à appliquer les dispositions de cette convention au lieu de l'article 27 du présent règlement pour ce qui est de la validité quant à la forme des testaments et des testaments conjonctifs".

⁷⁶⁶ L'article 2 alinéa premier de la Convention de La Haye de 1961 dispose ce qui suit: "L'article premier s'applique aux dispositions testamentaires révoquant une disposition testamentaire antérieure".

⁷⁶⁷ L'article 27 paragraphe 2 dispose que: "2. Le paragraphe 1 s'applique également aux dispositions à cause de mort modifiant ou révoquant une disposition antérieure. La modification ou la révocation est également valable quant à la forme si elle est conforme à l'une des lois en vertu desquelles, conformément au paragraphe 1, la disposition à cause de mort modifiée ou révoquée était valable".

⁷⁶⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 464; G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", in *Droit Européen Des Successions Internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p.55.

⁷⁶⁹ L'article 27 paragraphe 1 dispose que: "1. Une disposition à cause de mort établie par écrit est valable quant à la forme si celle-ci est conforme à la loi (...)".

⁷⁷⁰ L'article 1er du Règlement paragraphe 2 sous f) prévoit que: "2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...) f) la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort formulées oralement".

comme faisant partie du fond. Alors que certains suggèrent de retenir la qualification de la validité formelle, d'autres proposent la qualification *lege fori* respectant ainsi le but de la prohibition par le système juridique concerné¹⁷. Ainsi, l'interdiction des testaments conjonctifs serait une question de forme si elle n'est qu'une condition de preuve de la volonté du testateur. Elle relèverait cependant, du fond si elle vise à la protection de cette volonté¹⁸.

Cette position est critiquable du fait de l'incertitude des solutions qu'elle prévoit puisqu'une même question est qualifiée comme relevant à la fois de la forme et du fond, ce qui met en cause l'interprétation uniforme du Règlement¹⁹. Quitte à ce que cette position nécessite encore une fois une appréciation casuistique des choix du système juridique étranger aboutissant à l'insécurité juridique.

Une troisième position distingue entre les deux notions de la validité et des effets. De ce fait, elle considère que la prohibition des testaments conjonctifs doit relever de la forme pour la faire bénéficier de la réglementation favorable du Règlement et de la Convention de 1961. Si cette disposition est recevable, ses effets, dont les effets contraignants seront soumis à la loi applicable à la validité au fond⁷⁷¹.

Cette position a aussi été critiquée car elle permet de valider le testament conjonctif quant à la forme mais n'assure pas son admission quant à la forme mettant ainsi en jeu ses effets contraignants avec le risque de l'imprévisibilité et de l'atteinte aux attentes légitimes des parties⁷⁷².

A cet égard, les commentateurs du Règlement considèrent que celui-ci a implicitement pris position sur la question en distinguant dans son article 3 entre les testaments conjonctifs⁷⁷³ qui supposent formellement l'unité de l'acte, et les

⁷⁷¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 468.

⁷⁷² Ibid., p.469.

⁷⁷³ Rappel: ces dispositions sont définies par l'article 3 paragraphe 1 sous b) comme suit: " *testament conjonctif*", un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte".

testaments mutuels⁷⁷⁴ qui traduisent un accord entre les parties conduisant à les assimiler aux pactes successoraux⁷⁷⁵. En effet, qualifiant le testament mutuel d'accord, le Règlement qualifie leur recevabilité ainsi que leurs effets contraignants comme une question de fond, au même titre que les pactes successoraux. En conséquence, ils seront soumis au même régime applicable aux pactes⁷⁷⁶. Par contre, l'unité de l'acte des testaments conjonctifs n'a généralement aucune incidence sur leurs effets, ce qui réduit la discussion à leur validité formelle uniquement, les soumettant ainsi à l'article 27 du Règlement⁷⁷⁷.

II- Détermination de la loi applicable à la validité formelle

290. La forme du testament est valable si elle est en conformité avec l'une des lois prévues par l'article 27. Celui-ci prévoit plusieurs rattachements alternatifs⁷⁷⁸ pour favoriser la validité des dispositions à cause de mort.

⁷⁷⁴ Rappel: dispositions sont définies par l'article 3 paragraphe 1 sous c) comme suit: *"pacte successoral", un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte".*

⁷⁷⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 469.

⁷⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷⁷ Ibidem.

⁷⁷⁸ L'article 27 paragraphe 1er dispose que: *" 1. Une disposition à cause de mort établie par écrit est valable quant à la forme si celle-ci est conforme à la loi:*

a) de l'État dans lequel la disposition a été prise ou le pacte successoral a été conclu;

b) d'un État dont le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral possédait la nationalité, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès;

c) d'un État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès;

d) de l'État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait sa résidence habituelle, soit au moment de l'établissement de la disposition ou de la conclusion du pacte, soit au moment de son décès; ou

e) pour les biens immobiliers, de l'État dans lequel les biens immobiliers sont situés".

Section deuxième: Le morcellement de la succession testamentaire en droit anglais

291. En droit anglais, la succession testamentaire est de principe. Ce n'est qu'en absence d'une disposition à cause de mort, qu'il sera fait recours aux règles de la succession *ab intestat*.

La validité internationale des testaments en droit anglais obéit, à son tour à des conditions de forme (**Paragraphe premier**) et des conditions de fond (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: La validité formelle des testaments en droit anglais

292. Pour la validité formelle du testament, avant l'entrée en vigueur le 1er janvier 1964, de la loi actuelle sur les testaments (*Will Act 1963*) le droit anglais distinguait selon qu'il s'agisse d'un bien meuble ou immeuble. Le testament portant sur un immeuble devait être conforme aux formalités prescrites par la *lex situs*⁷⁷⁹, alors que le testament ayant pour objet un meuble devait respecter les formalités prescrites par la loi du dernier domicile du testateur⁷⁸⁰. La doctrine anglaise considérait que cette dernière règle entraînait beaucoup d'inconvénients et de difficultés lorsque, par exemple, le testateur changeait de domicile après avoir établi son testament, ou tombait mortellement malade dans un pays autre que celui de son domicile⁷⁸¹. C'est pourquoi, les tribunaux anglais ont tenté d'assouplir la règle rigide de la *common law* en admettant l'homologation des testaments conformes aux formalités prescrites soit par le droit interne du dernier domicile du testateur, soit par le droit interne de tout système de droit visé par la règle de conflit de cette loi⁷⁸².

293. D'après l'article 1er du *Wills Act 1963* (la loi sur les testaments actuellement en vigueur en droit anglais), si un testateur est domicilié dans un

⁷⁷⁹ *Coppin v Coppin* (1725) 2 P. WMs. 291; *Pepin v Bruyere* [1900] 2 Ch. 504.

⁷⁸⁰ *Stanleg v Bernes* (1830) 3 Hagg. Ecc. 373; *Craigie v Lewin* (1843) 3 Curt. 435.

⁷⁸¹ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p. 1421.

⁷⁸² *Collier v Rivaz* (1841) 2 Curt. 855.

pays, réside habituellement dans un second et ressortissant d'un troisième, et change à la fois les trois critères entre le moment de l'établissement (*execution*) du testament et le moment de son décès, il a le choix de pas moins de six systèmes de droit à sa disposition. La doctrine anglaise estime que cela devrait suffire pour sauver la majorité des testaments du risque de la nullité formelle⁷⁸³.

La loi anglaise admet une définition extensive de la notion de testament, afin d'inclure tout acte testamentaire établi par le testateur. Le *Wills Act* n'exige pas que tous les actes testamentaires établis par le testateur soient conformes à la même loi. La doctrine donne l'exemple du testament et de ses six codicilles dont chacun pourrait tirer sa validité formelle d'un système juridique différent⁷⁸⁴.

294. L'article 2 (1) (c) de la Loi anglaise sur les testaments, traite de la révocation expresse d'un testament par un autre s'appliquant indifféremment aux testaments mobiliers et aux testaments immobiliers. En vertu de cette disposition, un testament ultérieur, dans la mesure où il révoque un testament antérieur ou une disposition de celui-ci, sera considéré comme dûment établi s'il respecte l'une des formes autorisées pour le testament antérieur ou postérieur. Par conséquent, si le testateur est domicilié dans un pays, réside habituellement dans un second et est ressortissant d'un troisième, et qu'il change tous les trois critères entre l'établissement du dernier testament et le moment de son décès, il a le choix entre au moins neuf systèmes juridiques pour valider les dispositions de révocation du testament ultérieur⁷⁸⁵.

295. L'article 6 (3) de la loi prévoit qu'il doit être tenu compte des exigences formelles de la loi applicable au moment de l'établissement de l'acte. Mais cette règle ne doit pas empêcher de prendre en considération une modification ultérieure de la loi applicable aux testaments déjà établis si cette modification permet de les valider. La doctrine anglaise estime que l'effet rétroactif de la modification de la loi applicable est pertinent s'il valide le testament, mais il ne doit pas être pris en compte s'il a pour effet de

⁷⁸³ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p. 1422.

⁷⁸⁴ Ibidem.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 1424.

l'invalider⁷⁸⁶. Par ailleurs, cet article se réfère au "droit interne en vigueur" (*internal law in force*) du système juridique désigné. La doctrine anglaise en a déduit l'exclusion des règles de conflit de lois, alors même que la loi ne rejette pas ni expressément ni implicitement, le mécanisme du renvoi en matière de validité formelle des testaments⁷⁸⁷.

296. Dans plusieurs systèmes juridiques étrangers, certaines catégories de personnes ne peuvent établir de testament que sous une forme spécifique. Par exemple, les individus de plus de 16 ans et de moins de 18 ans ne peuvent établir de testament que sous la forme notariée. S'est posée donc en doctrine anglaise la question controversée de savoir si ces dispositions se rapportent aux conditions de forme ou à la condition de capacité d'établir une disposition à cause de mort?

L'article 3⁷⁸⁸ de du *Will Act* intitulé "*Quelques exigences relevant de la forme*" (*Certain requirements to be treated as formal*) répond à cette question en prévoyant que toute disposition d'une loi étrangère exigeant que des formalités spéciales doivent être observées par les testateurs répondant à une description particulière, ou que les témoins à l'établissement d'un testament doivent posséder certaines qualités, sont considérées comme relevant des conditions de forme, nonobstant toute disposition contraire de la loi étrangère.

297. S'agissant des testaments portant sur des immeubles, depuis l'entrée en vigueur de la loi anglaise sur les testaments en 1964, la validité formelle de ses dispositions ne dépend plus de la loi du lieu de situation des biens uniquement (article 2 (b) de la loi de 1963). En effet, la généralité des termes de l'article 1er de ladite loi entraîne la validité quant à la forme des testaments portant sur des immeubles s'ils sont conformes à la loi du domicile du testateur, à celle de sa résidence habituelle ou à celle de sa nationalité. La doctrine anglaise

⁷⁸⁶ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p. 1424.

⁷⁸⁷ Ibidem.

⁷⁸⁸ L'article 3 de la loi anglaise sur les testaments dispose que: "*Where (whether in pursuance of this Act or not) a law in force outside the United Kingdom falls to be applied in relation to a will, any requirement of that law whereby special formalities are to be observed by testators answering a particular description, or witnesses to the execution of a will are to possess certain qualifications, shall be treated, notwithstanding any rule of that law to the contrary, as a formal requirement only*".

rappelle aussi la même interrogation sur l'admissibilité du mécanisme du renvoi posée en traitant des meubles. En effet, il n'est pas clair si un testament serait formellement valide s'il est conforme à au droit international privé de la *lex situs*. La doctrine estime que même si la loi ne rejette pas expressément la doctrine du renvoi, la référence expresse au droit interne dans l'article 2 (1) (b) suggère que le renvoi serait exclu quand il s'agit des immeubles⁷⁸⁹.

Paragraphe deuxième: La validité quant au fond du testament en droit anglais

298. Le droit anglais en vigueur distingue entre les meubles et les immeubles en traitant de la validité quant au fond des testaments.

299. en matière mobilière, la validité matérielle des dispositions à cause de mort est appréciée par rapport à la loi du dernier domicile du défunt.

Le testament formellement valable, établi par une personne qui n'est pas incapable de tester peut néanmoins être totalement ou partiellement nul, lorsqu'il contient des dispositions auxquelles la loi applicable ne donne pas effet. Ainsi la loi anglaise restreint le cumul des *trusts* caritatifs ou dont l'acquisition remonte à une date trop éloignée. Les lois française et écossaise invalident, contrairement au droit anglais, les legs dépassant une certaine proportion des biens du testateur en dérogation aux droits de certains proches ou, en Écosse, de sa veuve. Ainsi, on admet que si un sujet anglais domicilié en France a fait une disposition de ses biens mobiliers qui, bien que valide par la loi anglaise, était passible de réduction par la loi française, la disposition devait être réduite en conséquence⁷⁹⁰.

L'effet de l'invalidité matérielle d'un testament n'est pas non plus affecté par la loi de 1963 sur les testaments. Cette loi ne régit que la validité formelle des dispositions à cause de mort.

⁷⁸⁹ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p. 1426.

⁷⁹⁰ Ibid., p. 1427.

300. Il est établi que la validité matérielle d'un testament ou de toute donation particulière de meubles est régie par la loi du domicile du testateur à la date de son décès. Cette loi régit des questions telles que celle de savoir si le testateur est tenu de laisser une certaine proportion de sa succession à ses enfants ou à sa veuve, si les legs et les œuvres de bienfaisance sont valables, dans quelle mesure les donations contrarient la règle contre les perpétuités ou les accumulations, si les donations de substitution sont valides, si les cadeaux aux témoins sont valides, etc⁷⁹¹. La loi de 1975 sur l'héritage (*provision for family and dependants*) régit une question analogue à celle de savoir si le testateur est tenu de laisser une certaine proportion de sa succession à sa femme ou à ses enfants (comme il est tenu de le faire en vertu des lois écossaise, française et de nombreux pays continentaux). Il s'agit de déterminer si le tribunal peut ordonner le paiement d'une partie du revenu de la succession aux personnes à charge. En droit anglais, le pouvoir du tribunal d'ordonner une telle provision est limité au cas où le testateur est décédé domicilié en Angleterre.

301. En matière immobilière, la validité quant au fond des testaments répond à la règle générale prévue pour les immeubles. Ainsi, cette question est régie par la loi du lieu de situation du bien. cette loi déterminera les questions telles que: quels domaines peuvent être créés, quels sont les incidences de ces biens, si les intérêts donnés enfreignent la règle contre les perpétuités ou les accumulations, si les dons et les œuvres de bienfaisance sont valables et si le testateur est tenu de laisser une certaine proportion de sa succession à ses enfants ou à sa veuve⁷⁹².

⁷⁹¹ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p. 1427.

⁷⁹² Ibid., p. 1431.

Section troisième: Le testament international en droit tunisien

302. En droit tunisien, le régime juridique du testament international est déterminé par un article unique du code de droit international privé. Il s'agit de l'article 55 CDIP qui traite uniquement de la validité quant au fond (**Paragraphe premier**) et de la validité quant à la forme (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: La loi applicable à la validité quant au fond des testaments en droit tunisien

303. La loi applicable à la validité quant au fond est l'objet du paragraphe 1er de l'article 55 CDIP qui dispose que: "*Le legs est soumis à la loi nationale du testateur au moment de son décès*".

Au même titre que les successions *ab intestat* et le statut personnel, cette disposition reflète la tendance personnaliste du législateur tunisien⁷⁹³. On note la différence des termes employés par le législateur entre la version arabe et la version française de l'article. La première version utilise le terme "loi personnelle" (القانون الشخصي) alors que la seconde version fait référence à "la loi nationale". En interprétant la version arabe de l'article, les commentateurs du code de DIP considèrent à l'unanimité, que l'expression "loi personnelle" utilisée dans cette version doit être entendue dans le sens de "loi nationale"⁷⁹⁴.

304. La lecture de l'article 55 CDIP doit être combinée avec celle de l'article 175 CSP édictant la condition de réciprocité lorsque le bénéficiaire est de nationalité étrangère⁷⁹⁵. La doctrine tunisienne affirme que le législateur de 1998 a intentionnellement gardé cette condition. Ils appuient leur position en se référant à l'article 59⁷⁹⁶ de l'avant projet du code DIP qui écartait expressément la condition de réciprocité. Mais cette disposition, trop controversée, a été très vite abandonnée.

⁷⁹³ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 665.

⁷⁹⁴ Ibidem; A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 133.

⁷⁹⁵ L'article 175 CSP dispose que: "*Le testament fait en faveur d'un étranger est valable sous réserve de réciprocité*".

⁷⁹⁶ ينص الفصل 59 من المشروع الأولي لمجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي: "تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته. لا تخضع وصية التونسي لفائدة الأجنبي لشرط المعاملة بالمثل".

La doctrine tunisienne regrette le maintien de cette condition qui a été fortement critiquée en ce qu'elle manifeste un "*esprit de représailles*"⁷⁹⁷, qu'elle n'a aucun fondement international et qu'elle altère les droits acquis des particuliers en leur faisant assumer la responsabilité des choix législatifs de leurs pays⁷⁹⁸. On en déduit le caractère abusif de la règle révélant la rigidité du législateur tunisien à l'égard de l'étranger en matière testamentaire⁷⁹⁹.

305. L'article 55 CDIP précise qu'il s'agit de la loi nationale au moment du décès à l'exclusion de toute autre loi nationale. Il s'ensuit que la validité quant au fond d'un testament peut être remise en cause lorsqu'elle a été établie sous l'empire d'une loi nationale différente de celle au moment de son décès⁸⁰⁰. La doctrine justifie cette règle par "*le fait que le testament ne produit ses effets qu'après le décès*"⁸⁰¹.

Cette position est discutable car elle réduit notablement les effets de la disposition à cause de mort et le rôle de la volonté en matière testamentaire, d'autant plus que si le testament produit ses effets après le décès, cela n'implique pas *ipso facto* que sa validité quant au fond doit s'apprécier au moment du décès. La date de l'effectivité du testament ne doit pas dissimuler sa nature juridique, bien qu'elle soit débattue en droit tunisien et en droit musulman. En effet, il est communément admis que le testament est une libéralité. Cependant, le débat s'est levé sur sa nature contractuelle. Le rite hanéfite qualifie de testament de disposition à cause de mort, alors que le rite malékite le qualifie de contrat⁸⁰². Le droit tunisien consacre manifestement le rite hanéfite, puisqu'il définit le testament en tant que disposition à cause de mort. Quant à la doctrine tunisienne, celle-ci attribue au testament la qualification d'acte unilatéral car il n'exprime que

⁷⁹⁷ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 133.

⁷⁹⁸ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 666.

⁷⁹⁹ Ibidem.

⁸⁰⁰ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 133.

⁸⁰¹ Ibidem.

⁸⁰² حاتم المحمدي، الكتاب الثاني: التبرعات، مذكور سابقاً، ص 204; عبد المنعم بن محمد ساسي العبيدي، أحكام المواريث بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي التونسي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، 2011، ص 135.

la volonté du testateur. Celle du bénéficiaire n'a aucun effet, ni sur la validité de l'acte, ni sur ses conditions⁸⁰³.

Il s'ensuit que la nature juridique du testament exige que sa validité soit appréciée au moment de son établissement et non pas au moment de la production de ses effets. En effet, il est légalement envisageable de reporter les effets d'un acte juridique, sans que ce report n'affecte sa validité. C'est le cas par exemple de l'accord sur le report du paiement du prix dans un contrat de vente. Rattacher les effets du testament au décès n'est opportun que pour déterminer la nature des droits qui en découlent ainsi que la qualification des actions qui s'y rapportent, mais aucunement pour se prononcer sur la date de l'appréciation de sa validité. Il aurait été plus judicieux d'adopter une position plus libérale en tenant compte de la date de l'établissement du testament et non pas de la date du décès du testateur pour assurer le respect de sa volonté, ainsi que pour préserver les droits acquis et les attentes légitimes des bénéficiaires.

Paragraphe deuxième: La loi applicable à la validité quant à la forme des testaments en droit tunisien

306. La forme des testaments est régie par l'article 55 paragraphe 2 qui dispose que: "*La forme du testament est soumise à la loi nationale du testateur ou à celle du lieu où il est établi*".

Contrairement à la validité quant au fond, le législateur tunisien s'est montré plus libéral en régissant la question de la validité formelle. En effet, il adopte une règle de conflit alternative. La forme du testament est donc valide si elle est conforme soit à la loi nationale du testateur, soit à la *locus regit actum*. Les commentateurs du code considèrent que le critère de choix entre les deux lois doit être entendu de la disposition permettant de valider l'acte quant à la forme⁸⁰⁴.

⁸⁰³ حاتم المحمدي، الكتاب الثاني: التبرعات، مذكور سابقاً، ص 205-206.

⁸⁰⁴ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 133.

Le caractère alternatif de la règle reflète l'influence du législateur par la Convention de La Haye de 1961 sur la forme des testaments⁸⁰⁵.

307. En édictant la loi applicable à la forme du testament, le législateur a opté pour la discordance entre la validité matérielle et la validité formelle. En effet, la loi nationale applicable à la forme de l'acte ne s'apprécie pas à la date de son décès. Les termes utilisés sont généraux, le législateur n'en précise rien en faisant simplement référence à la loi nationale du testateur.

Hormis l'inconvénient de la discordance entre les deux questions, cette position est appréciable, dans la mesure où elle augmente les cas de validité formelle du testament. Par conséquent, le législateur prévoit réellement trois lois alternativement applicables à la forme de la disposition: il s'agit de la loi nationale du testateur au moment de son décès, sa loi nationale au moment de l'établissement de l'acte, ainsi que la *locus regit actum*⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ M. BEN MOUSSA, op. cit. (en arabe), p. 478.

⁸⁰⁶ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 667.

Chapitre deuxième: L'admission "révolutionnaire" de la *professio juris*:

308. Parmi les "idées forces"⁸⁰⁷ du Règlement, on trouve l'admission de la *professio juris* qui est définie comme étant "l'octroi au testateur de la faculté de choisir la loi applicable à la succession (*lex hereditatis*)"⁸⁰⁸.

La matière successorale a toujours fait l'objet de règles impératives, voire d'ordre public ne laissant aucune possibilité à l'intervention de la volonté du défunt et ce dans la majorité des systèmes juridiques dont les trois systèmes comparés.

Le caractère révolutionnaire du Règlement est donc dû, entre autres, à la reconnaissance d'un certain rôle, même limité, à la volonté individuelle en matière de succession internationale⁸⁰⁹. C'est ce qui montre un "net recul de l'ordre public"⁸¹⁰ en la matière en Europe. Mais qui ouvre le débat sur la réception de la *professio juris* dans certains systèmes juridiques où l'exception de l'ordre public international garde toujours un poids assez important en matière successorale comme c'est le cas du système tunisien par exemple.

309. Cette possibilité de choix de la loi applicable a aussi été consacrée à l'échelle conventionnelle dans l'article 4⁸¹¹ de la convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions et dans l'article 5⁸¹² de la convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort. Dans les deux conventions, le choix de la loi applicable n'est pas

⁸⁰⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 43.

⁸⁰⁸ E. VASSILAKAKIS, "La *professio juris* dans les successions internationales", in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 308.

⁸⁰⁹ C. LISANTI, "La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012", *Gazette du palais* n°166, 15 juin 2013, n°134s0.

⁸¹⁰ Ibidem.

⁸¹¹ L'article 4 de la convention de 1973 dispose que: "Tout État contractant a la faculté de déclarer que, pour désigner le titulaire du certificat et indiquer ses pouvoirs, il appliquera, par dérogation à l'article 3, sa loi interne ou celle de l'État dont le défunt était ressortissant selon le choix fait par ce dernier".

⁸¹² L'article 5 de la convention de La Haye dispose que: " 1. Une personne peut désigner la loi d'un État déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet État ou y avait sa résidence habituelle. (...)".

libre. Le testateur choisira soit sa loi nationale soit celle de sa résidence habituelle. Dans ces deux conventions, on a exclu le critère de la *lex rei sitae* pour assurer autant que possible l'unité successorale⁸¹³.

Dans le Règlement, la *professio juris* est l'objet de l'article 22 qui dispose que: "1- Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

2- Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.

3- la validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie.

4- La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort".

Il est à noter que dans plusieurs pays de l'Europe dont la France notamment, il y avait une certaine réticence à ce mécanisme. C'est pourquoi certains auteurs ont qualifié le Règlement sur les successions de révolutionnaire⁸¹⁴. Par ailleurs, certains auteurs précisent que le Règlement consacre plutôt l'*optio juris* puisqu'il limite le choix à la loi nationale du disposant uniquement⁸¹⁵.

⁸¹³ Li, Some recent developments in the conflict of laws of succession, RCADI 1990-V, p.78.

⁸¹⁴ C. Nourissat, "Une révolution copernicienne pour les successions internationales...- Entrée en application du Règlement (UE) n°650/2012 le 17 août 2015", in *La Semaine Juridique*, Edition Générale n°36, 31 août 2015, doct. 935.

⁸¹⁵ M. FARGE, "Le nouveau droit européen des successions internationales", *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, N°31-35, 31 Juillet 2015, Lexis Nexis, p. 1143.

Mais, une certaine doctrine reste réticente à l'admission de ce procédé. C'est pourquoi, il est utile d'en préciser le fondement (**Section première**), d'étudier la règle de l'article 22 instaurant la possibilité de choix de loi (**Section deuxième**) pour pouvoir apprécier l'efficacité de cet outil juridique ainsi que son impact sur le principe de l'unité caractérisant le choix européen en matière de succession internationale.

Section première: Le fondement de la *professio juris*

310. La *professio juris* n'a pas eu l'unanimité des internationalistes. Alors que plusieurs auteurs ne cessent de rappeler ses avantages (**Paragraphe premier**), d'autres maintiennent leur hostilité à sa consécration (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Les avantages de la *professio juris*

311. Certains auteurs affirment que la *professio juris* est un moyen de renforcement de la liberté testamentaire prévue par plusieurs systèmes juridiques⁸¹⁶. Ils précisent, que la majorité de ces systèmes reconnaissent au testateur le libre pouvoir de choisir ses héritiers, ses légataires ainsi que la personne habilitée à administrer sa succession. Mais ce pouvoir ne saurait être efficacement exercé sans reconnaître au testateur la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession lorsqu'elle revêt un caractère international. La *professio juris* est le corollaire même de la liberté de tester⁸¹⁷.

D'autres auteurs font l'analogie entre la *professio juris* dans les cas des successions internationales et la loi d'autonomie dans le droit des contrats⁸¹⁸.

⁸¹⁶ W. BRESLAUER, *The private international law of succession in England, America and Germany*, London: Sweet & Maxwell, Ltd., 1937, p. 129.

⁸¹⁷ Ibidem.

⁸¹⁸ H. DÖLLE, *Die Rechtswahl im internationalen Privatrecht*, 30 RabelsZ, 1966, p. 225, cité dans: H. LI, "Conflict of laws of succession", précité, p.89: "Es ist, wie mir scheint, kein Grund zu erkennen, aus welchem das, was für das schuldrechtliche Vertragsrecht gilt, nicht

Ainsi, de la même manière que la liberté contractuelle conduit à la loi d'autonomie, la liberté testamentaire conduit à la *professio juris*.

Certains auteurs font aussi référence au rapprochement entre le droit successoral et les régimes matrimoniaux⁸¹⁹, tous deux relevant du droit patrimonial de la famille. Ainsi, si on reconnaît la loi d'autonomie pour les régimes matrimoniaux, rien n'empêche de la reconnaître aussi en matière successorale. D'autant plus que cela aura le mérite d'aligner les deux lois applicables aux deux matières en question à l'échelle internationale⁸²⁰. On aboutira ainsi à "*l'unité du statut patrimonial*"⁸²¹. On avance que la *professio juris* a le mérite de "*simplification de la liquidation du régime matrimonial et de la succession*"⁸²². La coïncidence entre le régime matrimonial et la succession n'est pas expressément prévue dans le Règlement, mais elle peut se réaliser à travers le choix de la loi applicable. Aux termes de l'article 22 du Règlement sur les régimes matrimoniaux, les époux peuvent choisir la loi nationale de l'un d'eux pour régir leur régime matrimonial⁸²³. Si une personne choisit sa loi nationale pour régir sa succession en la coïncidant avec celle du régime matrimonial, on aboutira ainsi à une liquidation unifiée de son patrimoine.

Par ailleurs, la *professio juris* garantit "*la cohérence entre les dispositions à cause de mort et les autres questions régies par la loi successorale*"⁸²⁴. En effet, même si le Règlement assure la stabilité des actes de planification (testaments et pactes successoraux) du fait de leur soumission à la loi qui aurait

auch für das rechtsgeschäftliche Erbrecht gelten sollte, für grundsätzlich gleiche Behandlung spricht jedenfalls... der gleiche Ausgangspunkt: hier wie dort Herrschaft des Partei-Willens".

⁸¹⁹ F. BOULANGER, *Les successions internationales*, op. cit., p150.

⁸²⁰ E. VASSILAKAKIS, "La *professio juris*...", article précité, p. 812.

⁸²¹ H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ème édition, Lexis Nexis, 2017, p. 297.

⁸²² Ibid, p. 298.

⁸²³ L'article 22 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière des régimes matrimoniaux, dispose que: "1. Les époux ou futurs époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ladite loi soit l'une des lois suivantes: (...) b) la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention".

⁸²⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 326.

été applicable à la succession au jour de l'établissement de l'acte⁸²⁵, en revanche, cette loi ne régit que les questions liées à la recevabilité, la validité et certains effets de l'acte. Le reste est soumis à la règle de conflit générale. Ceci pourrait affronter les dispositions à cause de mort aux dispositions impératives de certains droits protégeant notamment les héritiers réservataires⁸²⁶.

D'autres avantages sont avancés par d'autres auteurs. En effet, la *professio juris* assure l'objectif de l'harmonie, de la prévisibilité ainsi que de la sécurité juridique⁸²⁷. Ce mécanisme assure l'harmonie puisqu'il permet d'unifier les systèmes juridiques et d'harmoniser les décisions émanant de leurs autorités compétentes, lorsqu'il est mutuellement reconnu.

Il assure la prévisibilité dans la mesure où il permet au *de cuius* une meilleure organisation de sa succession et aux héritiers de mieux connaître leurs droits et obligations découlant de ladite succession. Le choix opéré par le défunt exprimera mieux son sentiment d'appartenance à un État bien déterminé et auquel il se sent lié⁸²⁸.

La sécurité juridique est assurée dans plusieurs cas. A l'échelle du Règlement, l'*optio juris* permet d'éviter les difficultés de détermination de la résidence habituelle et du changement de la loi applicable lié au transfert de cette résidence. Ainsi, la libre circulation des personnes dans l'espace européen sera garantie sans que cela n'affecte la loi applicable qui reste inchangée⁸²⁹.

Les mérites du choix de loi liés à la prévisibilité et à la sécurité juridique sont renforcés par l'exclusion du renvoi en présence d'une *professio juris* "ce qui permet de fixer la loi successorale"⁸³⁰. Par ailleurs, les systèmes juridiques ne sont pas unifiés quant au rattachement devant servir pour déterminer la loi applicable. Parfois, il est même difficile d'identifier le rattachement: comme

⁸²⁵ Articles 24 parag. 1 et 25 parag. 1 et 2 du Règlement.

⁸²⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 326.

⁸²⁷ H. LI, Conflict of laws..., op. cit., p. 92.

⁸²⁸ E. VASSILAKAKIS, "La *professio juris* dans les successions internationales", article précité p.812.

⁸²⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.326.

⁸³⁰ V. LEGRAND, LPA 24/05/2019, n°144P8, Petites Affiches n°104, p. 61.

identifier la loi nationale dans le cas du plurinational, ou déterminer la résidence habituelle en cas de pluralité des résidences. Outre l'éternel débat morcellement ou unité de la succession, la *professio juris* aura donc le grand avantage d'éviter tous ces problèmes. A cet effet, la doctrine précise que l'objectif d'harmonie et de prévisibilité ne peuvent être atteints que si tous les pays potentiellement liés à la succession admettent, à leur tour, *l'optio juris* et dans les mêmes conditions⁸³¹. La certitude d'atteindre cet objectif n'est acquise qu'entre les États signataires du Règlement. A l'égard des États tiers, la *professio juris* pourrait assurer le traitement uniforme de la succession, lorsque cet État la soumet à la loi nationale du défunt⁸³².

Mais, tous ces avantages ne semblent pas satisfaire à une certaine doctrine qui en rappelle les inconvénients.

Paragraphe deuxième: Les inconvénients de la *professio juris*

312. Les arguments militant contre le mécanisme de la *professio juris* sont assez nombreux. Les avantages cités par les défenseurs du principe de la *professio juris* ont été critiqués et rejetés par une partie importante de la doctrine.

313. En réponse tout d'abord, à la nécessité de reconnaître la loi d'autonomie aux dispositions à cause de mort pour que celles-ci soient efficaces et effectives au même titre que le contrat, certains auteurs mettent l'accent sur la différence entre la matière contractuelle et la matière successorale. En effet, le contrat n'a que des effets purement matériels et touche aux questions liées à la propriété. Tandis que le testament est un acte qui relève de la matière successorale et est intimement lié au droit de la famille. Donner la faveur au testateur de choisir la loi applicable à sa succession est de nature à porter atteinte

⁸³¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit, p. 327.

⁸³² Ibid., p. 328.

à l'organisation de la famille⁸³³ et à certaines dispositions impératives, parfois même d'ordre public du droit de la famille.

Cette critique adressée à la *professio juris* a été réfutée par certains auteurs. Ceux-ci la considèrent peu convaincante du fait que même la matière contractuelle est parfois soumise à des dispositions impératives voire d'ordre public qui n'admettent pas la convention contraire. On cite les exemples des dispositions ayant pour finalité notamment de protéger les employés, les consommateurs, les investisseurs et autres. Il est donc insensé de rejeter la *professio juris* sur la base uniquement des dispositions impératives du droit de la famille⁸³⁴. On estime aussi, qu'en matière de succession internationale, le testateur a habituellement recours à l'*optio juris* lorsqu'il a sa résidence habituelle dans un État alors qu'il porte la nationalité d'un autre État. Le testateur choisit généralement la loi de l'État avec lequel il entretient les liens les plus étroits. Ceci a pour conséquence de renforcer les dispositions du droit de la famille de l'État dont la loi a été choisie. En contre partie, le droit de l'État dont la loi n'a pas été choisie ne sera pas altéré du fait de l'inexistence de liens significatifs avec la succession en question⁸³⁵.

Toutefois, cette position ne peut être approuvée que lorsqu'il est certain que le testateur choisira la loi de l'État avec laquelle la succession présente les liens les plus étroits. En effet, il est vrai que généralement le testateur a recours à la *professio juris* dans le cas où il porte la nationalité d'un État autre que celui où il réside habituellement. Ceci est en général, l'effet même de la loi admettant ce mécanisme tout en l'encadrant, en y fixant certaines conditions dont la loi successorale devant faire l'objet du choix. Néanmoins, il n'est pas garanti que ce choix porterait nécessairement sur la loi de l'État avec lequel la succession a les liens les plus significatifs. Au contraire, le choix pourrait être fait dans l'intention d'échapper à cette même loi.

⁸³³ Annuaire de l'Institut de droit international, t. 52 II, 1967, p. 425.

⁸³⁴ H. LI, op. cit., p.83.

⁸³⁵ Ibidem.

On donne l'exemple du tunisien, qui avait quitté la Tunisie pour s'installer à Paris durant une période de vingt ans. Celui-ci avait épousé une française et a eu trois enfants: un garçon et deux filles. Il a aussi acquis un appartement pour y résider et un magasin pour y exercer son activité commerciale. Celui-ci n'avait cependant acquis aucun bien en Tunisie. Étant fortement attaché à la religion musulmane, il craint que sa succession soit liquidée en application de la loi française. Il a donc recours à la *professio juris* pour exiger que sa succession soit régie par la loi successorale tunisienne.

Dans cet exemple, le testateur tunisien a sa dernière résidence habituelle en France. Il est donc évident qu'en application du Règlement, ce sont les autorités françaises qui sont compétentes et c'est la loi successorale française qui est applicable. La compétence internationale est aussi accordée aux autorités françaises en application de l'article 6 paragraphe 3 du code de DIP tunisien. Il est à rappeler que la nationalité tunisienne du défunt n'est pas un chef de compétence des tribunaux tunisiens.

Il s'avère donc, que le choix de la loi tunisienne n'était que dans le but d'écartier la loi française. Pourtant, c'est avec la France que la succession de ce tunisien a les liens les plus étroits. De ce fait, les arguments avancés pour réfuter cette première critique ne sont pas assez fondés.

314. La deuxième critique adressée à la *professio juris* est liée à la possible atteinte aux droits des créanciers et des héritiers. Mais, cette critique a été aussi rejetée pour deux raisons⁸³⁶: d'abord, concernant les créanciers, ceux-ci peuvent poursuivre les biens de leur débiteur quelque soit le lieu de leur situation. Ensuite, s'agissant des héritiers, on estime que les dispositions visant à la protection des droits des héritiers sont très divergentes et diffèrent d'un système juridique à un autre⁸³⁷. Autrement dit, on a le droit de se poser la question, si on pourrait admettre qu'un système juridique donné garantit une meilleure protection des héritiers qu'un autre?

⁸³⁶ H. LI, p.84.

⁸³⁷ Ibidem.

De ce fait, il a été avancé qu'une étude bien prudente de tous les systèmes juridiques est bien nécessaire⁸³⁸. Et en réponse à la question précédente, l'un des auteurs affirme que sur les mille cas de successions internationales qu'il avait collectés, la *professio juris* n'a été exercée que dans une trentaine de cas uniquement. Par ailleurs, aucun cas de fraude à la loi n'a été relevé à l'occasion du choix de la loi successorale applicable. Il estime qu'"en vérité, il n'y a pas de droit successoral meilleur ou plus protecteur qu'un autre. Il y a des droits successoraux différents qui tous concourent selon leur génie propre à des fins sociales, économiques et humaines".⁸³⁹

Cette position ne peut être facilement admise. En effet, il va sans dire que certains systèmes juridiques garantissent une meilleure protection des droits des héritiers, ou de certains héritiers, en les comparant à d'autres droits. C'est cette raison qui oblige par exemple l'autorité française compétente à écarter la loi successorale tunisienne normalement applicable dans ses dispositions consacrant l'inégalité successorale. C'est aussi cette même raison pour laquelle le juge tunisien refuserait l'application de la loi anglaise admettant la liberté testamentaire totale et qui méconnaît la réserve héréditaire de la mère par exemple, lorsque le défunt est tunisien.

Mais, ledit auteur, adepte de la *professio juris*, estime que lorsque la loi choisie présente des liens étroits et significatifs avec la succession, "il conviendrait de donner effet à cet acte de volonté, même s'il fait échapper la succession à des règles impératives de la loi qui aurait été applicable *ab intestat*"⁸⁴⁰. En suivant cette position, une étude au cas par cas s'impose pour vérifier si la succession présente vraiment des liens significatifs avec la loi choisie par le testateur. Ce qui est de nature à devenir source d'insécurité juridique et rompre complètement avec l'avantage de l'unité successorale. D'ailleurs, pour une partie de la doctrine, la *professio juris* "résulte d'une

⁸³⁸ Ibidem.

⁸³⁹ G. DROZ, "La codification du droit international privé des successions: perspectives nouvelles", in *Travaux du Comité français de droit international privé* (1966-1969), p.326.

⁸⁴⁰ G. DROZ, op. cit., p. 326.

architecture en trope l'œil au service d'une unité de façade"⁸⁴¹. Cette doctrine rappelle que déjà pour certains systèmes juridiques, la liberté testamentaire est soumise à des dispositions impératives contenant certaines restrictions en vue notamment de protéger certains héritiers. Il est donc contradictoire que ces mêmes systèmes admettent la possibilité au testateur d'écarter la loi successorale normalement applicable⁸⁴².

Cette doctrine évoque aussi la possibilité de mise en cause de cette critique du fait qu'elle ne peut être admise qu'à l'échelle interne, alors qu'il faut tenir compte de l'internationalité de la relation et de la spécificité de la matière successorale. Ainsi, cette matière ne pourrait être traitée de la même manière à l'échelle internationale à l'échelle interne⁸⁴³.

Sur ce point, elle précise que *l'optio juris " se veut une méthode de localisation appropriée de la relation successorale internationale*"⁸⁴⁴. Ledit mécanisme servira de correctif de rattachement fondé sur l'idée de proximité, qui aura pour conséquence d'écarter la règle de conflit classique neutre, abstraite. Alors qu'en réalité, le but de la *professio juris* n'est pas la recherche de la loi applicable à la succession mais plutôt de la loi substantielle qui servira au mieux les intérêts du *de cuius*. On donne ainsi *"à la loi d'autonomie un rôle purement matériel"*⁸⁴⁵.

315. Quant à l'argument relatif au rapprochement de la matière successorale avec les régimes matrimoniaux, une partie de la doctrine rappelle que comme en matière contractuelle, les époux ne disposent que de leurs propres intérêts matériels. Cependant, pour la matière successorale, le défunt disposera des intérêts de ses héritiers et créanciers⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ M. GORE, "de la mode"... dans les successions internationales: contre les prétentions de la *professio juris*, in *L'internationalisation du droit*, mélanges en l'honneur de YVON LOUSSOUARN, Dalloz, 1994, p.195.

⁸⁴² Ibid., p. 196.

⁸⁴³ Ibidem.

⁸⁴⁴ Ibidem.

⁸⁴⁵ Ibid., p.197.

⁸⁴⁶ Ibid., p. 196.

Cette doctrine met aussi en doute l'argument selon lequel la *professio juris* assure l'unité successorale. En effet, il existe plusieurs cas où celle-ci aboutit au morcellement de la succession⁸⁴⁷. On cite ainsi la convention de La Haye sur la loi applicable aux successions qui permet dans son article 6 au testateur de soumettre les biens de sa succession à plusieurs lois différentes⁸⁴⁸. D'ailleurs, cette convention a suscité plusieurs craintes suscitant l'interrogation si on est passé "*d'un excès de rigueur à un excès de laxisme*"⁸⁴⁹ ?

Au demeurant, le Règlement européen se voulant "*révolutionnaire*" et innovateur a choisi d'introduire la *professio juris* qui sera de ce fait admis dans tous les États signataires. D'où la nécessité d'étudier ce nouveau choix européen.

Section deuxième: La *professio juris* dans le Règlement européen: étude de l'article 22 du Règlement

316. Contrairement à la convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions⁸⁵⁰, le Règlement ne donne aucune possibilité aux États parties de formuler des réserves quant à l'admission de l'*optio juris* dans leurs législations internes en vue de protéger les intérêts de certains héritiers.

⁸⁴⁷ Ibid., p. 198.

⁸⁴⁸ L'article 6 de la convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions dispose que: " Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs États".

⁸⁴⁹ Lagarde (P.), La nouvelle convention de La Haye..., article précité, p.261 et suiv.

⁸⁵⁰ L'article 24 de la convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions dispose ce qui suit: " 1- Tout État, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion pourra faire réserve: (...) d) qu'il ne reconnaitra pas une désignation faite conformément à l'article 5, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

- la loi de l'État ayant fait la réserve aurait été la loi applicable conformément à l'article 3, si une désignation valide n'avait pas été faite conformément à l'article 5,
- l'application de la loi désignée conformément à l'article 5 priverait totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant du défunt d'attributions de nature successorale ou familiale auxquelles ils auraient eu droit selon les règles impératives de la loi de l'État ayant fait cette réserve,
- ce conjoint ou cet enfant possédaient la nationalité de l'État ayant fait la réserve ou y résidaient habituellement".

Le choix européen est de reconnaître l'autonomie de la volonté en matière successorale. Il est exprimé dans le considérant 7 du Règlement disposant que: "*Dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession*".

L'article 22 en détermine les conditions et les modalités. Une doctrine qui se veut hostile à l'*optio juris* estime que le Règlement "*adopte sagement une approche modérée*"⁸⁵¹ en limitant le choix de loi qui n'est possible qu'en faveur de la loi nationale (**Paragraphe premier**). On a ainsi exclu le choix d'autres lois fondées sur d'autres rattachements (**Paragraphe deuxième**). Par ailleurs, le Règlement détermine les conditions de forme de la *professio juris* (**Paragraphe trois**), traite de la validité quant au fond du choix (**Paragraphe 4**) et précise l'étendue de la loi choisie (**Paragraphe 5**). Ceci a l'avantage, selon certains auteurs, de limiter les reproches faites à certains autres instruments telle que la convention de La Haye de 1989⁸⁵².

Paragraphe premier: Limitation du choix à la loi nationale

317. "*Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès (I).*

Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès (II)"⁸⁵³.

On note que le Règlement permet le choix même quand la loi désignée est celle d'un État tiers (**III**).

⁸⁵¹ M. GORE, "La *professio juris*", *Deffrénois* 30 aout 2012, n° DEF40568, p. 762.

⁸⁵² G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", article précité, p.54.

⁸⁵³ L'article 22 alinéa 1.

I- La loi nationale applicable

318. Une remarque s'impose de prime abord, liée à la détermination de la nationalité objet du considérant 41 du Règlement qui prévoit ce qui suit: "*Aux fins de l'application du présent règlement, la détermination de la nationalité ou des différentes nationalités d'une personne devrait être réglée comme une question préliminaire. La question de savoir si une personne doit être considérée comme ressortissant d'un État n'entre pas dans le champ d'application du présent règlement et relève du droit national, y compris, le cas échéant, de conventions internationales, dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne*". La règle est évidente puisqu'il incombe à chaque État de déterminer ses nationaux ainsi que les conditions d'acquisition de la nationalité, celle-ci étant une question liée à la souveraineté de l'État. De ce fait, on estime que celle-ci ne peut être contestée par un État donné "*sous prétexte, par exemple, que la nationalité de l'État dont la loi a été choisie n'est pas effective*"⁸⁵⁴.

Mise à part cette question préalable, l'article 22 du Règlement encadre le choix du défunt en le limitant uniquement à la loi nationale. Il y a lieu donc de s'interroger d'abord sur les raisons de cette limitation (**A**), avant de préciser la loi nationale objet du choix (**B**).

A- Justifications de la limitation du choix à la loi nationale

319. La raison de cette limitation du choix est précisée dans le considérant 38 du Règlement disposant que: "*(...) Ce choix devrait être limité à la loi d'un État dont ils (les citoyens) possèdent la nationalité afin d'assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie et d'éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires*".

⁸⁵⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 331.

320. Deux remarques peuvent être déduites de ce considérant:

D'abord, le législateur européen exige l'existence d'un lien entre le défunt et la loi choisie. On peut ainsi se demander s'il estime que la nationalité est un lien suffisamment étroit pour justifier l'admission de la *professio juris*? Cela rappelle la notion "*des liens les plus étroits*" objet de la règle subsidiaire et qu'on a démontré qu'elle mène dans tous les cas à l'application de la loi nationale. Ainsi, on estime que le choix du Règlement de limiter la *professio juris* à la loi nationale est assez cohérent avec les règles de conflits de lois générale et subsidiaire.

Le Règlement présume, ensuite, que ce choix de la nationalité ne sera pas effectué dans le but de porter atteinte aux droits des héritiers. Or, ce n'est pas forcément le cas. On rappelle à cet effet, l'exemple précédent du tunisien installé depuis une vingtaine d'années en France, ayant épousé une française et ayant eu une fille et un fils. Les deux enfants ont acquis la nationalité française du fait de leur naissance sur le territoire français. La fille devrait s'attendre légitimement à ce qu'elle ait une part égale à celle de son frère de l'héritage de son père tunisien aux termes de la loi française normalement applicable en tant que loi de la dernière résidence habituelle du défunt. Si ce dernier choisira la loi tunisienne pour régir sa succession, celle-ci portera certainement atteinte aux attentes légitimes de la fille. On estime donc, que cette justification n'est pas assez solide. La loi tunisienne se verra certainement opposer l'exception de l'ordre public dans ses dispositions inégalitaires. On est ainsi en mesure de se demander: pourquoi permettre au défunt le choix de la loi qui régira sa succession si on admet l'exclusion de cette loi en cas de sa contrariété à l'ordre public international du for?

Certains auteurs considèrent que le Règlement autorise le choix de la loi nationale même si les liens avec l'État dont la loi a été choisie ne sont pas assez étroits⁸⁵⁵. Pour cette doctrine, la nationalité n'est donc pas nécessairement un lien étroit entre le défunt et un État donné. Ceci peut constituer une contradiction aux

⁸⁵⁵ Ibidem.

termes du considérant 38 précité qui justifie la limitation du choix à la loi nationale de la volonté de s'assurer de l'existence d'un lien avec l'État en question.

Par ailleurs, ces mêmes auteurs considèrent aussi que le Règlement permet le choix de la loi nationale même si celle-ci n'est pas effective⁸⁵⁶. On s'interroge à cet égard sur les cas où la nationalité n'est pas effective. Cette notion ne peut englober par exemple, ni le cas du retrait de la nationalité avant le moment du choix, ni celui de la demande d'acquisition de nationalité non encore achevée au moment du choix de loi. Il est évident que dans ces cas, la personne ne peut prétendre porter la nationalité. Doit on penser donc que la "*nationalité effective*" exige que le défunt garde certains liens avec l'État en question?

En outre, ces auteurs énumèrent les avantages d'une telle solution en se référant notamment au fait qu'elle permet d'éviter "*les incertitudes liées à la mise en œuvre du critère de la nationalité effective*"⁸⁵⁷. D'autres auteurs pensent que "*l'effectivité que présente l'établissement dans un pays dont on possède également la nationalité aurait pu conduire à exclure la *professio juris* dans ce cas*"⁸⁵⁸. Ils précisent que "*le rattachement à la nationalité est à cet égard approprié lorsque le de cuius a gardé des liens manifestes avec l'État dont il est ressortissant*"⁸⁵⁹. Il paraît donc que cette dernière position confirme l'idée que la nationalité n'est pas effective lorsque le défunt n'établit aucun autre lien significatif. On peut croire ainsi, que la nationalité en elle-même, ne peut être un lien suffisamment étroit pouvant à elle seule justifier l'application d'une telle ou telle loi. Ce qui est contraire à la lettre des dispositions du Règlement.

A cet égard, on pense qu'on ne peut parler de l'effectivité d'une nationalité. D'abord, parce que la majorité écrasante des systèmes juridiques soumettent l'octroi de la nationalité à plusieurs conditions dont l'existence de certains liens avec l'État en question. On cite l'exemple du droit tunisien, exigeant par exemple

⁸⁵⁶ Ibidem.

⁸⁵⁷ Ibidem.

⁸⁵⁸ M. GORE, "La *professio Juris*", article précité, p. 763.

⁸⁵⁹ Ibidem.

un lien de filiation, de mariage, ou une certaine durée de résidence sur le territoire tunisien⁸⁶⁰. Ainsi, toute personne doit justifier de l'existence de rapports avec l'État dont elle veut acquérir la nationalité pour que celle-ci le lui soit attribuée. Ensuite, parce que tous les systèmes juridiques prévoient la possibilité de perte ou de retrait de la nationalité. De ce fait, tant qu'une personne jouit toujours d'une nationalité particulière, cela présume qu'elle garde encore des liens significatifs avec l'État en question. C'est pourquoi, il est légitime de croire que toute nationalité est effective, et que toute nationalité constitue un lien significatif avec l'État correspondant.

B- Détermination de la loi nationale applicable (conflit mobile)

321. Dans le but d'assurer la validité de l'acte d'anticipation successorale, l'article 22 permet de choisir la loi dont le défunt possédait la nationalité dans deux moments:

D'abord, le choix de loi est valide si le défunt possédait la nationalité de la loi désignée au moment du choix. Le Règlement envisage les cas de changement de nationalité (le conflit mobile) ou de perte de la nationalité. Il s'agit de tous les cas où le défunt ne porte plus la nationalité dont il jouissait au moment du choix de la loi applicable à sa succession. Certains auteurs pensent que "*cette solution est cohérente avec l'introduction du choix de loi, celui-ci ayant comme but d'assurer la prévisibilité et la stabilité de la loi applicable*"⁸⁶¹. D'autant plus qu'elle est consacrée dans la majorité des conventions (exemple: l'article 5 de la Convention de La Haye de 1989) et systèmes juridiques adoptant ce mécanisme.

Ils lui reprochent cependant un inconvénient majeur: dans les cas où le défunt, après la perte de la nationalité dont la loi a été choisie, ne garde plus aucun autre lien avec l'État en question, on aboutira à l'application d'une loi avec

⁸⁶⁰ Les articles de 6 à 23 du code tunisien de la nationalité.

⁸⁶¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.334.

laquelle la succession ne présente plus aucun lien⁸⁶². C'est pourquoi, certains systèmes nationaux⁸⁶³ déclarent le choix de loi caduc si le défunt ne garde pas la nationalité en question.

Ensuite, le choix est aussi valide si le défunt possédait la nationalité de la loi désignée au moment du décès. Ainsi, même si au moment du choix, le défunt ne possédait pas la nationalité de la loi choisie, le choix est valable si cette nationalité est acquise au moment du décès. Cette règle rappelle celle de l'article 5 (dans son premier alinéa) de la convention de La Haye de 1989⁸⁶⁴. Une certaine doctrine évoque la conformité de cette solution au "*principe de faveur pour la validité des actes (favor validatis)*" et estime qu'elle a le grand avantage d'épargner les efforts de recherche de la nationalité que possédait le défunt au moment de son choix⁸⁶⁵. Cette même doctrine déconseille cependant le choix anticipé d'une loi dont le *de cuius* n'a pas encore acquis la nationalité. Elle évoque "*le risque que le choix soit invalide en cas de décès avant l'acquisition de la nationalité en question*"⁸⁶⁶.

Néanmoins, certains auteurs admettent que ce choix doit être validé "*si l'auteur de la professio juris a déjà entamé les démarches nécessaires à l'acquisition de sa nouvelle nationalité, et que ces démarches sont suffisamment avancées pour être quasiment certain qu'elles aboutiront*"⁸⁶⁷. Cette dernière position suscite quelques difficultés pratiques, liées notamment à l'appréciation de l'avancement de ces démarches, ce qui nécessite une certaine connaissance assez approfondie du droit étranger régissant l'octroi de la nationalité en question. De plus, la même critique liée au fait que la succession serait régie par une loi avec laquelle le défunt n'a vraiment aucun lien pourrait lui être adressée. En effet,

⁸⁶² Ibidem.

⁸⁶³ Article 90 al.2 de la LDIP suisse, §25 de la loi estonienne de droit international privé.

⁸⁶⁴ L'article 5 al. 1 de la convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort dispose que: "1. Une personne peut désigner la loi d'un État déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet État ou y avait sa résidence habituelle".

⁸⁶⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 334.

⁸⁶⁶ Ibid., p. 335.

⁸⁶⁷ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p.296.

avant la finalisation des démarches, concrètement le défunt n'est pas encore un national de l'État en question. D'autant plus que ces démarches sont généralement abandonnées suite au décès du demandeur.

Par ailleurs, certains auteurs reprochent au Règlement le maintien du choix de la nationalité du pays d'établissement du défunt⁸⁶⁸. En réalité, la coïncidence entre la loi nationale et la dernière résidence habituelle du défunt prive la *professio juris* de son utilité et du but de sa consécration. En effet, le Règlement exclut déjà la loi de la dernière résidence habituelle du défunt du champ de l'*optio juris*. Choisir la loi nationale de l'État de résidence habituelle renvoie en fin de compte à la règle générale de compétence.

II- Le cas du plurinational

322. Le plurinational est toute personne portant deux ou plusieurs nationalités.

A cet égard, le Règlement accorde un traitement égalitaire à toutes les lois dont le défunt portait la nationalité. Les commentateurs du Règlement constatent la "*fongibilité*"⁸⁶⁹ des nationalités. Ainsi, par exemple, il n'y a pas lieu de rechercher la nationalité qui "*révélerait un lien particulièrement étroit avec le défunt*"⁸⁷⁰ ou qui serait "*la plus effective*"⁸⁷¹ (tenant compte de toutes les réserves précédemment formulées quant à la notion de "*la nationalité la plus effective*"). Les commentateurs du Règlement préviennent qu'une telle solution "*n'est pas toujours cohérente avec le souci de proximité*" puisque la succession peut être soumise à la loi d'un État avec lequel elle a de faibles liens en comparaison avec

⁸⁶⁸ M. GORE, "La *professio juris*", article précité, p. 763.

⁸⁶⁹ C. NOURISSAT, "Une révolution copernicienne pour les successions internationales...- Entrée en application du règlement (UE) n° 650/2012 le 17 août 2015", *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 31 août 2015, doct. 935.

⁸⁷⁰ M. GORE, "La *professio juris*", article précité, p. 764; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 332.

⁸⁷¹ M. GORE, "La *professio juris*", article précité, p. 764; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 332.

d'autres lois comme celle de la résidence⁸⁷². Mais cette position est critiquable dans la mesure où elle prive la *professio juris* de tout intérêt qui est justement d'opter pour une loi autre que celle de la résidence, d'autant plus que la nationalité constitue un critère de rattachement classique en matière de droit de la famille. C'est pourquoi on considère que c'est un lien suffisamment étroit pour rattacher la succession à une loi bien déterminée. D'autant plus que la *professio juris* est un mécanisme qui se suffit à lui-même. En l'admettant, il n'y a pas lieu de rechercher d'autres critères pour renforcer le rattachement de la succession à la loi choisie. De même, aucun traitement de faveur n'est accordé à la nationalité d'un État européen aux dépens d'un État tiers⁸⁷³.

III- Loi d'un État membre ou d'un État tiers

323. Le Règlement permet indifféremment la désignation soit de la loi d'un État membre soit celle d'un État tiers, puisqu'aucune restriction n'est faite dans ce sens. Ceci est en parfaite cohérence avec l'universalité du Règlement.

A cet égard, on rappelle l'exclusion du renvoi en cas de *professio juris*⁸⁷⁴. Ainsi, la loi choisie s'applique alors même que celle-ci ne se veut pas applicable. On donne l'exemple du ressortissant russe ayant sa résidence habituelle en France et qui désigne sa loi nationale. Dans ce cas, la loi russe s'applique même si celle-ci renvoie à la loi française (loi du dernier domicile) s'agissant des biens meubles⁸⁷⁵.

Certains auteurs attirent l'attention à la "*fragilité*"⁸⁷⁶ de cette solution, lorsque la loi de l'État tiers ne permet pas le choix de la loi applicable à la succession. On rappelle ainsi, les termes du considérant 40 du Règlement disposant que: "*Le choix de la loi en vertu du présent règlement devrait être*

⁸⁷² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 332.

⁸⁷³ M. GORE, La *professio juris*, article précité, p. 764; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.333.

⁸⁷⁴ L'article 34 parag. 2 du Règlement dispose que: "*Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22...*".

⁸⁷⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 330.

⁸⁷⁶ C. NOURISSAT, "Une révolution copernicienne...", article précité.

valable même si la loi choisie ne prévoit pas de choix de la loi en matière de succession. Il devrait toutefois appartenir à la loi choisie de déterminer la validité au fond de l'acte d'élection de la loi, c'est-à-dire l'on peut considérer que la personne qui a choisi la loi savait ce qu'elle faisait en faisant ce choix et qu'elle avait consenti à le faire. Il devrait en aller de même pour l'acte visant à modifier ou à révoquer un choix de loi". On donne l'exemple du choix fait par un anglais résidant dans un État signataire du Règlement. Quel en sera le sort?⁸⁷⁷

On estime qu'en réalité, le considérant 40 du Règlement contient un avertissement sur la possible invalidité du choix de la loi successorale, en attirant l'attention aux risques possibles d'un mauvais choix. On appelle ainsi à demander conseil avant de décider de désigner la loi d'un État tiers, pour assurer l'efficacité du choix.

Paragraphe deuxième: les lois exclues

324. Sont exclues la loi de la résidence habituelle du *de cuius* (I), la *lex rei sitae* (II) ainsi que la loi régissant les régimes matrimoniaux (III). Cette position est justifiée par la volonté d'éviter l'excès et l'usage abusif de ce mécanisme.

I- Exclusion de la loi de la résidence habituelle

325. Le Règlement sur les successions ne permet pas le choix de la loi de la résidence habituelle, contrairement à la convention de La Haye de 1989. Ceci s'explique par le fait que le critère de la résidence habituelle est déjà admis dans la règle générale. Il n'exclut pourtant pas le choix de la nationalité lorsque celle-ci coïncide avec celle de la résidence habituelle. Ce qui a donné lieu à plusieurs critiques.

En effet, certains commentateurs évoquent la possibilité assurée par le Règlement d'évincer la règle générale pour appliquer la règle d'exception. Ainsi,

⁸⁷⁷ Ibidem.

la loi de la dernière résidence habituelle n'a pas lieu dans certains cas à s'appliquer. Le choix de la loi de la résidence habituelle pourrait assurer l'objectif de prévisibilité⁸⁷⁸.

De plus, on avance que la désignation de la loi de la résidence au moment du choix permet d'éviter l'insécurité juridique liée au conflit mobile dû au changement du lieu de la résidence et donc de la loi applicable à la succession désignée par la règle générale⁸⁷⁹. On justifie cette position, par le fait que la loi nationale ne peut pas toujours assurer cet objectif. Car la personne qui n'a pas la nationalité de l'État de sa résidence, ne pourra pas choisir la loi de cet État. Et dans le cas où elle ne souhaite pas désigner sa loi nationale, elle n'a plus de ce fait aucune option⁸⁸⁰.

Cependant, cette position est critiquable. En effet, ces mêmes commentateurs se sont souciés de l'éventualité de la désignation d'une loi nationale qui n'est pas effective ou avec laquelle la succession n'a pas d'autres liens significatifs. Alors que ce même risque se présente en changeant de résidence habituelle. D'ailleurs, il est bien plus prononcé. Car la succession pourrait ne plus présenter aucun lien, qu'il soit significatif ou pas, avec la loi de l'État de l'ancienne résidence habituelle du *de cuius*.

Par ailleurs, dire que la personne n'a plus en réalité aucune option est discutable. Si la personne ne souhaite pas choisir sa loi nationale, cela signifie simplement qu'elle avait renoncé à son droit d'option. Au sens du Règlement, toute personne bénéficie d'un droit d'option tant qu'elle porte la nationalité d'un État donné, qu'il soit un État membre ou un État tiers. On ne pourrait envisager le cas qu'une personne n'a aucune option que lorsqu'elle est apatride.

Toutefois, on estime que l'exclusion du choix de la loi de la dernière résidence habituelle est insensée. D'abord, ce choix n'aura aucune conséquence négative à l'application de la règle générale. D'ailleurs, il ne fait que la

⁸⁷⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 336.

⁸⁷⁹ Ibidem.

⁸⁸⁰ Ibidem; voir cas 8 p. 337.

consolider. Ensuite, car le Règlement n'exclut pas le choix de la loi nationale lorsqu'elle est celle de la dernière résidence habituelle.

II- Exclusion de la *lex rei sitae*

326. Le Règlement exclut aussi la loi de la situation des biens. Cette exclusion s'explique surtout par l'inconvénient majeur du morcellement de la succession qui s'oppose au choix de l'unité successorale consacré dans le Règlement⁸⁸¹. C'est aussi le cas de la convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions internationales. En effet, la Conférence "*a finalement reculé devant les complications et les risques qu'entraînerait pour le notaire liquidateur la création de plusieurs masses successorales et elle n'a admis le dépeçage de la succession par le de cuius que dans les limites permises par les règles impératives de la loi applicable à titre principal (art.6⁸⁸²)*"⁸⁸³. Le rejet de la loi de situation n'a pas été unanimement salué. S'agissant de ladite convention, certains auteurs regrettent l'évincement de ce critère. En effet, "*un tel choix n'aurait rien d'absurde ni de scandaleux*"⁸⁸⁴.

327. Les arguments avancés, se résument en deux:

D'abord, le choix du lieu de la situation des biens est un critère qui correspond au critère de rattachement admis dans plusieurs systèmes juridiques en matière de loi applicable à la succession, dont le droit français avant l'entrée en vigueur du Règlement. C'est aussi le cas du droit anglais et du droit tunisien (en rappelant qu'en droit tunisien, ce n'est que l'un des critères de rattachement à côté de la nationalité et du dernier domicile du défunt).

⁸⁸¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit, p.338.

⁸⁸² L'article 6 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs États. Toutefois, cette désignation ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5, paragraphe 1*".

⁸⁸³ P. LAGARDE, "La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions", article précité, p.262.

⁸⁸⁴ Ibidem.

Ensuite, le choix de la *lex rei sitae*, et surtout des immeubles, permet de respecter la compétence exclusive que se réserve plusieurs systèmes juridiques en matière d'immeubles. On se réfère aux cas du droit allemand et suisse⁸⁸⁵ avant l'entrée en vigueur du Règlement. Mais, même si ces États ont modifié leurs droits en renonçant à cette exclusivité de la compétence, certains États tiers conservent la compétence exclusive en matière immobilière dont notamment, le droit tunisien⁸⁸⁶. Ainsi, selon cette position, il aurait été plausible de permettre un tel choix surtout "*qu'en fin de compte, ce sont les autorités de l'État de la situation du bien qui auront le dernier mot*"⁸⁸⁷.

Par ailleurs, d'autres auteurs évoquent l'utilité de ce choix dans le cadre de la compétence subsidiaire objet de l'article 10 du Règlement. Cet article attribue la compétence aux juridictions d'un État membre dans lequel sont situés des biens successoraux. Ainsi, par l'autorisation du choix de la *lex rei sitae*, on pourrait faire coïncider la compétence internationale et la loi applicable⁸⁸⁸.

III- Exclusion de la loi applicable au régime matrimonial

328. Le Règlement ne permet pas non plus le choix de la loi applicable au régime matrimonial, ce qui est regrettable pour certains auteurs, puisqu'un tel choix aurait permis l'unité du statut patrimonial⁸⁸⁹. Cependant, la coïncidence de la loi applicable aux deux régimes peut se réaliser dans le cas où la loi désignée applicable au régime matrimonial est celle de la loi nationale du défunt⁸⁹⁰.

⁸⁸⁵ L'article 86 al. 2 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (la LDIP suisse) dispose que: "*Est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'État du lieu de situation des immeubles*".

⁸⁸⁶ l'article 8 du code de DIP tunisien dispose que: "*Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence: (...)2-Si elle est relative à un immeuble situé en Tunisie*". Tout en précisant que la matière successorale relève de la compétence possible des tribunaux tunisiens, un problème discuté lors de la première partie.

⁸⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 338.

⁸⁸⁹ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p.297.

⁸⁹⁰ On rappelle qu'aux termes de l'article 22 al. b du Règlement relatif aux régimes matrimoniaux, les deux époux peuvent convenir de désigner la loi d'un État dont l'un des époux ou des futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.

Cette coïncidence peut se réaliser aussi en cas de nationalité commune du couple. Ainsi leur régime matrimonial et leurs successions respectives seront soumis à leur loi nationale commune⁸⁹¹.

Paragraphe trois : La forme de la *professio juris*

329. Le Règlement soumet la forme la *professio juris* à deux conditions liées respectivement à l'*instrumentum* (I) et à l'expression du choix de la loi applicable (II).

I- L'instrument de la *professio juris*

330. L'article 22 alinéa 2 dispose que: " *Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition*".

Cet article s'applique pour les dispositions postérieures au 17 août 2015. Ainsi le choix de la loi applicable obéit aux mêmes exigences des dispositions à cause de mort objet de l'article 27 du Règlement. Cette condition est la reprise de la règle de l'article 5 alinéa 2 de la convention de La Haye de 1989⁸⁹².

Par ailleurs, l'article 3 du Règlement énumère, sans pour autant les définir⁸⁹³, les dispositions à cause de mort en précisant qu'il s'agit soit du testament, soit du testament conjonctif soit du pacte successoral. Il est à noter que plusieurs États n'autorisent pas certaines dispositions à cause de mort (comme c'est le cas du droit français qui n'autorise pas le testament conjonctif). On affirme à cet effet, que le choix de loi reste valable même si la disposition à cause de mort est interdite par le droit interne de l'autorité saisie de la

⁸⁹¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 339.

⁸⁹² L'article 5 alinéa 2 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: " *Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort*".

⁸⁹³ J. GASTE et X. RICARD, "Questions-réponses pratiques", *Defrénois*, 14 septembre 2017, n°18, pratique.

succession⁸⁹⁴. La validité quant au fond de la disposition serait ainsi déterminée par la loi choisie.

Cependant, le problème se pose lorsque la loi choisie interdit à son tour la disposition à cause de mort en question. Selon le considérant 40 du Règlement: "*Le choix de la loi en vertu du présent règlement devrait être valable même si la loi choisie ne prévoit pas de choix de la loi en matière de succession. Il devrait toutefois appartenir à la loi choisie de déterminer la validité au fond de l'acte de l'élection de la loi, c'est-à-dire si l'on peut considérer que la personne qui a choisi la loi savait ce qu'elle faisait en faisant ce choix et qu'elle avait consenti à le faire*".

Dans ce cas, certains auteurs suggèrent qu'aux termes de l'article 22 paragraphe 2 du Règlement, le choix reste valable contrairement aux autres dispositions de l'acte qui seront déclarés nulles. Mais cette position aurait l'inconvénient d'ignorer la volonté des parties. C'est pourquoi une autre interprétation a été présentée, selon laquelle on estime que les parties à un pacte n'auraient jamais choisi la loi nationale si elles avaient été en connaissance de l'invalidité de la disposition à cause de mort. La solution serait donc d'ignorer le choix de loi et de revenir à la règle générale objet de l'article 21 du Règlement⁸⁹⁵.

Le choix de loi peut aussi être modifié ou révoqué. Ainsi, selon l'alinéa 4 de l'article 22: "*la modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort*".

II- L'expression de la *professio juris*

331. Selon l'article 22, le choix de la loi applicable à la succession peut être exprès ou tacite.

Le choix est exprès lorsqu'il est formulé dans une disposition à cause de mort.

⁸⁹⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit. p. 344.

⁸⁹⁵ Ibid., p.345.

Le choix de loi est tacite *"lorsque la volonté du de cujus résulte implicitement du contenu de l'acte de dernière volonté"*⁸⁹⁶. Selon l'article 22 alinéa 2, ce choix doit résulter des *"termes"* de la disposition à cause de mort et non de ses circonstances⁸⁹⁷. Ainsi, peut on par exemple prendre en considération le but du défunt ou l'existence d'un choix de loi dans des testaments antérieurs⁸⁹⁸.

332. Certains auteurs y voient un avantage certain. C'est l'exemple de l'américain qui constitue un *trust* selon la loi californienne ce qui pourrait révéler un choix tacite de cette loi pour régir la totalité de la succession. De ce fait, le *trust* constitué ainsi que le reste de la succession seront régis par la même loi⁸⁹⁹.

Le choix tacite suscite certaines remarques. En effet, selon l'article 22 alinéa 2 *in fine*, le choix peut être déduit des termes d'une disposition à cause de mort. Dans ce sens, le considérant 39 du Règlement précise que: *"(..) Le choix de la loi pourrait être considéré comme résultant d'une disposition à cause de mort dans le cas où, par exemple, dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi d'une autre manière"*.

Le considérant 39 n'apporte que quelques indices à travers certains exemples desquels on pourrait déduire une *professio juris* implicite. De ce fait, le Règlement, en autorisant le choix tacite, n'en précise cependant pas les critères d'appréciation. On en déduit que l'évaluation de l'existence du choix est soumise à l'ultime discrétion de l'autorité chargée de la succession. C'est pourquoi certains auteurs et praticiens du droit attirent l'attention aux risques liés à la validité en la forme que pourrait entraîner un choix équivoque de la loi applicable⁹⁰⁰. On s'est ainsi posé la question de savoir si le choix implicite pourrait être admis par toute autorité saisie d'une succession? En réponse, on avait affirmé que seules les

⁸⁹⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 348.

⁸⁹⁷ Ibid., p. 349.

⁸⁹⁸ Ibidem.

⁸⁹⁹ M. GORE, "La professio juris", article précité, p.763.

⁹⁰⁰ 115^e Congrès des notaires de France, L'international: qualifier, rattacher, authentifier, Bruxelles 2-5 juin 2019, p.909.

autorités des États reconnaissant la *professio juris* peuvent accepter un choix tacite de la loi applicable⁹⁰¹.

Par ailleurs, on s'est demandé si le choix implicite pourrait découler de la langue utilisée pour la rédaction de la disposition à cause de mort? Certains praticiens semblent en faveur d'une telle possibilité à condition que ladite langue corresponde à la nationalité du disposant⁹⁰². Cette position a été critiquée car elle pourrait aboutir à des résultats insolubles. On avance ainsi l'exemple suivant: quand le défunt portait la double nationalité britannique et bahamienne, quelle loi entendait il choisir en rédigeant son testament en langue anglaise? Cela n'empêche que la langue de la disposition puisse constituer un indice parmi d'autres sans pour autant constituer à elle seule une preuve de *professio juris* implicite⁹⁰³.

On s'est encore demandé si l'utilisation d'un instrument ou d'une institution juridique d'un droit interne bien déterminé puisse être considérée comme un choix tacite?⁹⁰⁴ Par prudence, on avait appelé à ne considérer ce fait que comme un indice qui doit être renforcé par d'autres critères pour affirmer le choix tacite⁹⁰⁵. Cette position est approuvable. En effet, *a priori* la réponse à cette question doit être par l'affirmative, dans la mesure où elle est en harmonie avec les termes du considérant 39 du Règlement. Cependant, l'autorisation du choix tacite par le Règlement pourrait être source d'instabilité et d'insécurité juridique. Ainsi, l'affirmation de ce choix dépendrait de l'autorité saisie. La position pourrait différer d'un notaire à un autre, d'une juridiction à une autre et de la pratique notariale ou judiciaire d'un État à un autre.

En réalité, le silence du Règlement et l'incertitude des dispositions du considérant 39 aboutissent à l'improbabilité de tout choix dit tacite. La sécurité juridique impose l'obligation de n'admettre que le choix exprès.

⁹⁰¹ Ibidem.

⁹⁰² Ibid., p.910.

⁹⁰³ Ibidem.

⁹⁰⁴ Ibidem.

⁹⁰⁵ Ibidem.

333. Cette position ne semble pas faire l'unanimité. Pour certains auteurs, les indices contenus dans le considérant 39 du Règlement telle que la référence du défunt à des dispositions de sa loi nationale suffisent à eux seuls pour déduire le choix tacite⁹⁰⁶. Il doit être de même si le défunt se réfère à des notions ou institutions propres à sa loi nationale ou inconnue de la loi de sa résidence habituelle⁹⁰⁷. On cite l'exemple du recours au *trust* ou à un pacte successoral ou à un testament conjonctif.

Les auteurs utilisent la conjonction de subordination "*ou*" pour séparer les deux derniers indices. Ceci permet de comprendre que le simple fait que la loi de la dernière résidence habituelle ignore la notion ou l'institution à laquelle le défunt a eu recours suffit pour conclure le choix tacite. En réalité, cette position ne peut être approuvée, dans la mesure où il ne suffit pas que l'institution en question soit ignorée par le système de la dernière résidence habituelle, encore faut-il qu'elle soit admise par l'un des États dont le *de cuius* portait la nationalité. Ce qui nous ramène à l'obligation de prudence exigée par la première position.

Quoiqu'il en soit, le choix implicite admis par le Règlement est sans aucun doute source d'insécurité et d'instabilité juridique.

Paragraphe quatre: La validité quant au fond de la *professio juris*

334. Il est à préciser de prime abord, qu'il ne s'agit pas de la validité quant au fond de la disposition à cause de mort contenant le choix de la loi applicable à la succession (testament, testament conjonctif ou pacte successoral). Celle-ci fait l'objet des articles 24 et 25 du Règlement.

La validité quant au fond du choix de la loi applicable est l'objet de l'article 22 alinéa 3 disposant que: "*La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie*".

⁹⁰⁶ Ibidem.

⁹⁰⁷ Ibidem.

Cette disposition reprend la solution consacrée par la convention de La Haye de 1989 (l'article 5 paragraphe 2 de la convention)⁹⁰⁸. Cependant, ladite convention a envisagé une solution différente du Règlement dans le cas où le choix de loi n'est pas valide selon la loi désignée. Dans cette situation, la loi désignée est écartée et on appliquera la règle générale de l'article 3 de ladite convention⁹⁰⁹.

335. La validité quant au fond de l'*optio juris* doit être vérifiée de deux points de vue: du point de vue de l'autorité saisie de la succession d'une part et du point de vue de l'acte portant le choix de loi.

Du premier point de vue, on distingue entre deux cas: quand le système juridique de l'autorité chargée de la succession autorise la *professio juris* et quand il l'interdit ou l'ignore.

Dans le premier cas, on distingue entre les États membres et les États tiers. Quand l'autorité chargée de la succession est celle d'un État membre, et en application de l'article 22 alinéa 3, la validité du choix est régie par la loi choisie. Cependant, il se peut que la loi du système juridique choisi ne prévoit pas la possibilité de choix de loi. Le considérant 40 du Règlement précise à cet effet que le choix "*devrait être valable même si la loi choisie ne prévoit pas de choix de la loi en matière de succession*".

Par ailleurs, dans certains cas, la loi choisie, bien qu'autorisant la *professio juris*, n'en prévoit cependant, pas de règles régissant la validité quant au fond. A cet égard, certains auteurs avancent que la question de la validité doit être régie par les règles de la loi choisie régissant la validité quant au fond de la disposition à cause de mort contenant le choix de la loi applicable⁹¹⁰. Cependant, quand l'État

⁹⁰⁸ L'article 5 paragraphe 2 de la convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée*".

⁹⁰⁹ L'article 5 paragraphe 2 *in fine* de la convention de La Haye de 1989 dispose que: "*Si d'après cette loi la désignation n'est pas valide, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3*".

⁹¹⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 352.

est tiers et qu'il accepte l'*optio juris*, la validité du choix de la loi applicable devrait normalement dépendre du droit interne de l'autorité saisie.

Dans le deuxième cas, si le système juridique de l'autorité saisie de la succession ne connaît pas ou interdit la *professio juris*, le choix sera déclaré nul ou sans effets⁹¹¹.

Du deuxième point de vue, et aux termes de l'article 22 alinéa 3, la validité au fond de l'acte portant le choix de la loi applicable est régie par la loi choisie. On tient à préciser à cet égard, qu'il s'agit de la validité de l'acte d'élection de la loi applicable, dont les questions de l'existence et de la validité du consentement au choix, auxquelles se réfère l'article 40 du Règlement en ces termes: "*si l'on peut considérer que la personne qui a choisi la loi savait ce qu'elle faisait en faisant ce choix et qu'elle avait consenti à le faire*"⁹¹².

Les auteurs ajoutent que la loi applicable choisie doit normalement aussi porter sur l'interprétation du choix pour la détermination de la volonté exacte du défunt⁹¹³.

336. La validité quant au fond de la *professio juris* soulève aussi les questions de la réception de la loi nationale choisie par les autorités des États signataires du Règlement. On évoque ainsi certains correctifs de rattachement telle que la fraude à la loi ou l'exception de l'ordre public.

S'agissant de la fraude à la loi, il est à noter que le Règlement n'a réservé aucune disposition à ce mécanisme. Cependant, il y est fait référence dans le considérant 26 du Règlement statuant ce qui suit: "*Aucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé*".

Néanmoins, cette exception ne devra normalement pas être invoquée dans le cadre d'une *optio juris*. En effet, le considérant 38 du Règlement justifie la

⁹¹¹ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., p. 307.

⁹¹² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 351.

⁹¹³ Ibid., p. 352.

limitation du choix à la loi nationale par l'impératif d'"assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie et d'éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires".

En interprétant cette disposition, certains auteurs estiment que selon le Règlement, le choix de la loi nationale signifie l'absence de fraude⁹¹⁴. On peut même rajouter que le choix de la loi nationale semble même être, selon ce considérant, une présomption irréfragable de l'absence de toute intention frauduleuse au moment du choix. Mais cette position n'a pas eu l'aval de la doctrine. En effet, certains auteurs pensent que la fraude à la loi peut se manifester dans le cadre de la *professio juris* et ce dans le cas du plurinational ce qui devrait amener à déclarer l'invalidité du choix⁹¹⁵. On avance ainsi, l'exemple du français qui tenterait d'obtenir une nationalité ignorant ou ayant plus de souplesse à l'égard de la réserve héréditaire ce qui constituerait "*une manipulation du facteur de rattachement et on pourrait caractériser une fraude*".⁹¹⁶

Cette position rappelle pourtant les dispositions de l'article 22 paragraphe 1 alinéa 2 du Règlement qui met sur le même pied d'égalité toutes les nationalités du défunt. Celui-ci pourrait choisir de soumettre sa succession indifféremment à l'une de ses lois nationales. Ce qui doit normalement contredire ladite position et militer en faveur de l'existence d'une présomption irréfragable de l'absence de fraude à la loi si le défunt choisirait l'une des lois des États dont il portait la nationalité. De plus, il est inconcevable que l'octroi de la nationalité d'un État quelconque puisse être d'une manière frauduleuse. L'attribution d'une nationalité ne se réalise que si le demandeur répond à certaines conditions légales assurant l'existence d'un lien effectif entre lui et le pays dont il souhaite avoir la nationalité. Il serait absurde de pouvoir déjouer ou manipuler facilement le

⁹¹⁴ C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS, "Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire", *JCP N* 2018, n° 27, p. 1239.

⁹¹⁵ E. VASSILAKAKIS, "The choice of the law applicable to the succession under the regulation 650/2012- an outline", in *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, Issue 18, Start page 221, End page 235, Page count 14, p. 231.

⁹¹⁶ V. LEGRAND, "Les effets limités de la *professio juris*", article précité.

critère de la nationalité, contrairement au critère de la dernière résidence habituelle. Par ailleurs, le Règlement ne permet pas à l'autorité saisie de la succession de vérifier l'effectivité du critère de la nationalité et de déclarer par la suite l'invalidité quant au fond de la *professio juris*.

S'agissant de l'exception de l'ordre public international, celle-ci pourrait trouver lieu à s'appliquer. En effet, ladite exception varie d'un système juridique à un autre. S'agissant des pays signataires du Règlement, ceux-ci s'accordent sur certains principes issus des différentes conventions les liant dont notamment la Convention Européenne des droits de l'Homme. Le système anglais faisant partie auparavant de l'Union Européenne, consacre toujours les mêmes principes.

Il va sans dire que l'exception d'ordre public international s'appliquera certainement pour évincer certaines lois dans certains cas dont notamment la loi tunisienne, celle-ci faisant partie des systèmes arabo-musulmans consacrant la discrimination successorale quant au sexe.

S'est posée aussi en France, la question de savoir si le choix d'une loi ignorant la réserve héréditaire pourrait être considérée contraire à l'ordre public international français, surtout suite au choix du défunt visant justement à l'évincer. A cet égard, certains auteurs estiment que la loi choisie ignorant la réserve héréditaire ne doit pas être jugée comme contraire à l'ordre public international du fait que cela constitue une contradiction à la libre volonté reconnue au défunt de choisir la loi qui lui semble la plus appropriée pour régir sa succession. On avance des arguments liés notamment à la condition de certains héritiers dont le bas âge, les mettant dans une situation d'indigence. Ces personnes ont besoin de plus de protection pouvant ainsi justifier le choix de les favoriser par rapport à d'autres héritiers qu'on estime aisés financièrement⁹¹⁷.

En réalité, toutes ces questions se posent aussi dans le cadre de la loi applicable d'une manière générale. C'est pourquoi elles seront toutes traitées dans le cadre des correctifs de rattachements à ladite loi.

⁹¹⁷ E. VASSILAKAKIS, "The choice of the law applicable to the succession under the regulation 650/2012- an outline", *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, Issue 18, Start page 221, End page 235, Page count 14, p. 230.

Paragraphe cinq: L'étendue de la loi choisie

337. Il s'agit de déterminer la portée de la loi applicable choisie dans deux contextes: celui de l'unité ou du morcellement successoral d'une part, et celui des questions successorales régies par cette loi d'autre part.

S'agissant du premier contexte, les commentateurs du Règlement s'accordent sur l'impossibilité du morcellement ou du dépeçage de la succession en exerçant son droit à la *professio juris*⁹¹⁸. De ce fait, aucune distinction n'est permise selon la nature des biens successoraux (meubles ou immeubles) ou encore selon leur localisation géographique. Le morcellement est interdit même si l'une des lois choisies est conforme à la règle générale prévue dans l'article 21 du Règlement, à savoir celle de la dernière résidence habituelle. Cette position est en parfaite harmonie avec le principe directeur du Règlement qu'est l'unité successorale⁹¹⁹.

En cas de morcellement, le choix est normalement invalide⁹²⁰. Cependant, certains auteurs suggèrent que, dans certains cas, ce choix peut être pris en compte lors de l'appréciation du choix tacite de la loi applicable autorisé par le Règlement. Aussi pourrait on étendre le choix portant sur une partie de la succession à sa totalité, en interprétant ce choix partiel comme traduisant l'intention du défunt d'y soumettre l'ensemble de sa succession⁹²¹.

Cette position n'est pas sans fondement, puisqu'elle permet de mieux respecter la volonté du défunt. Néanmoins, elle n'est pas sans inconvénients, puisqu'elle suggère de raisonner au cas par cas, ce qui serait à l'origine d'une insécurité et incertitude juridiques certaines. Par ailleurs, il serait difficile d'assurer le respect de la volonté du *de cuius* si celui-ci choisirait plusieurs lois applicables à différentes masses de la succession. Comment pourrait on déterminer, dans un cas pareil, l'éventuel choix tacite du défunt? En réalité,

⁹¹⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.341; E. VASSILAKAKIS, "The choice of the law applicable to the succession under the regulation 650/2012- an outline", *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, Issue 18, Start page 221, End page 235, Page count 14, p. 223.

⁹¹⁹ Ibidem.

⁹²⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.341.

⁹²¹ Ibidem.

toutes les incertitudes liées au choix tacite lui-même viennent s'accumuler aux inconvénients du choix multiple de lois applicables.

Par contre, le principe de l'unité successorale peut être remis en cause par l'application des articles 10 et 12 du Règlement. Comme c'est exposé dans le cadre de la compétence internationale, ces deux articles ont pour effet de limiter la compétence des tribunaux aux seuls biens existant sur le territoire du *for*. Ce qui engendre inévitablement le morcellement de la succession. C'est pourquoi certains auteurs se demandent si l'on ne devrait pas admettre l'application de la loi choisie aux seuls biens soumis à la compétence du tribunal saisi⁹²²?

La réponse à cette question devrait normalement être par l'affirmative pour deux raisons au moins. D'abord, parce qu'aucune disposition du Règlement n'annule le choix de la loi applicable en cas de limitation de la compétence. Ensuite, l'application partielle du choix de loi permettrait, dans une certaine mesure, de respecter la volonté du défunt.

En outre, l'unité du *for* et du *jus*, deuxième facette de l'unité en tant que principe directeur du Règlement, peut aussi être remise en cause eu égard aux dispositions du considérant 27 du Règlement. D'après ce considérant, on remarque que les rédacteurs du Règlement étaient conscients du fait que la *professio juris* empêche la corrélation et la coïncidence entre la compétence internationale et la loi applicable. C'est ainsi que pour certains auteurs, en principe, le choix de la loi applicable entraîne la dissociation entre la compétence internationale et la loi applicable du fait que le tribunal de la dernière résidence habituelle appliquera la loi nationale du *de cuius*⁹²³. Ces mêmes auteurs estiment que cette dissociation pourrait être dissipée et la corrélation entre la compétence internationale et la loi applicable pourrait être rétablie si l'autorité saisie est celle d'un État membre. Cependant, cette corrélation est impossible lorsqu'il s'agit d'un

⁹²² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 341.

⁹²³ E. VASSILAKAKIS, "The choice of law applicable to the succession", article précité, p. 225.

État tiers du fait qu'en matière de compétence internationale, le Règlement n'a pas le caractère universel⁹²⁴.

C'est pour cette raison, que le considérant 27 du Règlement fait référence à un ensemble de mécanismes permettant le rétablissement de ladite corrélation en cas d'*optio juris*.

⁹²⁴ Ibidem.

Conclusion du Titre Deuxième

338. Les divergences caractérisant les systèmes juridiques comparés en relation avec la planification successorale ne sont pas moins nombreuses que celles révélées dans le cadre de la succession *ab intestat*.

Ces divergences sont de taille, et sont en relation avec les choix législatifs des ordres juridiques en question. Certains systèmes, comme c'est le cas du législateur européen, se montrent assez libéraux en donnant une place assez importante à la volonté. Celle-ci se manifeste dans tous les aspects de la planification successorale: multiplicité des dispositions à cause de mort, introduction de certains instruments interdits par plusieurs systèmes juridiques avant l'entrée en vigueur du Règlement, conditions favorables à la validité des actes testamentaires, et révolutionnairement par la consécration de la *professio juris*, même d'une manière limitée.

D'autres systèmes traditionnels, tel est le cas du droit anglais et du droit tunisien. Dans les deux cas, on se montre relativement libéral quant à la forme de la disposition, mais on limite les cas de la validité matérielle.

Conclusion de la partie première

339. Cerner les divergences est le pas vers la coordination. Les successions internationales est l'une des matières les plus complexes, non pas à cause de sa nature hybride, mais c'est du aux traditions législatives des trois systèmes comparés.

Le Règlement européen, s'est voulu libéral, révolutionnaire, en combattant les préjugés de l'impossibilité d'envisager l'unité internationale en matière successorale. Mais ce texte européen était conçu pour fonctionner uniquement dans le cadre strict de l'espace européen, qui est un espace relativement homogène, car la majorité des États se partagent la même origine, culture, idéologie et religion. D'ailleurs, on estime qu'il aurait atteint le succès escompté s'il était parvenu à attirer certains systèmes, qui se partagent son Europe géographiquement, mais pas juridiquement. On songe aux pays de la *common law*. Le modèle européen, ne semble pas avoir conquis le système britannique, qui a préféré rester dans sa zone de confort sans s'aventurer en se jetant dans l'inconnu en admettant l'introduction de mécanismes et concepts qui lui sont étrangers, et en matérialisant finalement son individualisme par son retrait définitif de l'Union européenne.

Mais cette étude des divergences est très profitable pour le droit tunisien, un droit orphelin, complètement perdu, ne pouvant se déclarer ni unioniste ni scissionniste, laissant le règlement international d'une matière aussi vitale au hasard des interprétations judiciaires opérant une casuistique dangereuse à la sécurité juridique des justiciables.

Cette étude est aussi profitable, car elle a permis de dégager des points de convergence, prouvant qu'en fin de compte la coordination n'est pas impossible, et mettant en doute le constat d'une doctrine qui avait conclu, il y a longtemps, à l'improbable unification des systèmes juridiques en matière successorale.

**Partie deuxième: Le traitement
des divergences en vue de la
coordination**

Partie deuxième: Le traitement des divergences en vue de la coordination

340. La difficulté qu'engendre la divergence des législations est le problème de l'"harmonie juridique"⁹²⁵.

"La coordination est une relation établie entre des éléments de même nature pour parvenir à une certaine unité"⁹²⁶. Tel est le but de cette étude comparée: concilier entre les systèmes divergents.

Le moyen de la coordination-conciliation n'est pas de proposer des règles de conflit internationales uniformes, mais de proposer des règles de conflit de droit tunisien lisibles et assurant l'intelligibilité de la norme, composante de la sécurité juridique dans une matière aussi hétéroclite.

Le choix de la coordination entre ces systèmes sévèrement hétéroclites est un second choix, ou un choix imposé, vu la difficile unification ou uniformisation des droits comparés. Toutefois, il ne faut pas sous estimer la technique de la coordination car elle constitue elle aussi un idéal improbable. Le refus de la Grande Bretagne de faire partie du Règlement en est la preuve.

Après avoir exposé les divergences entre les trois systèmes comparés, il y a lieu de trouver le moyen d'y remédier. L'exercice n'est cependant pas évident, car en essayant de chercher les mécanismes favorisant la coordination (**Titre premier**), on se heurte à plusieurs facteurs perturbateurs (**Titre deuxième**).

⁹²⁵ H. LEWALD, "La théorie du renvoi", *RCADI*, Boston ; The Hague ; London : Martinus Nijhoff Publishers, 1929, p. 521.

⁹²⁶ S. TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, Thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue publiquement le 14 mars 2013, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, p. 2.

Titre premier: Les mécanismes favorisant la coordination en matière successorale

341. Plusieurs mécanismes peuvent être au service de la coordination entre les trois systèmes comparés. En effet, celle-ci doit être vérifiée sur les deux plans conflictuel et procédural.

On se propose ainsi d'étudier les mécanismes conflictuels (**Chapitre premier**) ainsi que les mécanismes procéduraux (**Chapitre deuxième**) qui sont au service de l'impératif de la coopération internationale entre les divers ordres juridiques.

Chapitre premier: Les mécanismes conflictuels favorisant la coordination en matière successorale

342. La coordination entre les systèmes juridiques en matière successorale n'est pas une abstraction, une fiction ou un mythe. Elle dépend simplement d'une volonté réelle de concession entre des systèmes très divergents. Les divergences ne sont jamais en elles même la cause. La véritable cause de la divergence est la volonté d'être différent.

A première vue, le Règlement sur les successions constitue un bel exemple à suivre, tant il fait rêver par ses idées forces si recherchées mais jamais atteintes: l'unité, la prévisibilité et la coordination entre des systèmes parfois antagonistes dans une matière aussi complexe.

Malheureusement, la coordination dans le Règlement se limite aux relations entre les États membres. Le législateur européen n'a manifesté aucun intérêt à coopérer avec les États tiers. Même si les règles de conflit de lois dans le Règlement ont un caractère universel, la portée de la compétence internationale reste limitée au territoire européen.

Or, la coordination doit être vérifiée dans les deux cas de compétence, mais sans s'y limiter. Car, la coordination ne doit pas être théorique, et doit prendre compte de l'aspect pratique de la question.

C'est pourquoi il est utile de traiter d'abord de ce qui serait la meilleure règle de conflit en matière successorale (**Section première**) avant d'exposer le rôle des correctifs de rattachement dans la coordination entre les systèmes comparés (**Section deuxième**).

Section première: La meilleure règle de conflit successorale

343. Chaque étude comparée doit comporter une finalité et un résultat donné. Déterminer les divergences doit servir à y remédier, ou du moins à les atténuer. Ces atténuations en matière successorale commencent en toute évidence, par rechercher la meilleure règle de conflit successorale.

344. Une doctrine ancienne a fait l'amère constat, toujours d'actualité, que l'idéal de Savigny d'harmoniser la société internationale est loin de se réaliser étant donné la source interne du droit international privé de tous les systèmes juridiques: *"il existe, ce qui peut sembler paradoxal, autant de droits internationaux privés qu'il y a d'ordres juridiques indépendants les uns des autres"*⁹²⁷. A la multiplicité et divergence des droits nationaux, s'ajoute parfois leur incohérence, tel est le cas du droit tunisien.

Or, les meilleures règles de conflits doivent être *"universelles, c'est-à-dire qu'elles ne devaient pas seulement résoudre le conflit de lois dans le ressort d'une législation déterminée, mais qu'elles devaient fournir au juge la solution, en quelque lieu que se présentât la question à résoudre"*⁹²⁸.

La règle de conflit n'est pas une règle substantielle, ou matérielle, c'est une *"jus supra jura"*⁹²⁹. Elle est composée de trois éléments à savoir: *"le concept de la matière à rattacher, le concept de rattachement et le concept de la loi rattachée"*⁹³⁰.

Dans la quête de la meilleure règle de conflit successorale, de compétence ou de loi applicable, il faut rechercher deux éléments essentiels: le meilleur

⁹²⁷ H. LEWALD, "Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé", *RCADI*, Boston ; The Hague ; London : Martinus, Nijhoff Publishers, 1939, p. 521.

⁹²⁸ Ibid, p. 520.

⁹²⁹ P. G. VALLINDAS, "La structure de la règle de conflit", in *RCADI*, Boston ; The Hague ; London : Martinus, Nijhoff Publishers, 1960, p. 340.

⁹³⁰ Ibidem., p. 352.

rattachement (**Paragraphe premier**) et le meilleur système successoral (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Le meilleur rattachement successoral

345. La recherche de ce rattachement s'effectuera dans le cadre du bilatéralisme admis dans les trois systèmes comparés. La coordination qu'on envisage à travers cette étude ne vise pas la proposition d'une règle de conflit internationale. Elle a pour but une proposition de modification du droit tunisien pour assurer les objectifs de sécurité juridique au vu des législations comparées en vigueur.

En méditant sur le meilleur rattachement successoral, deux questions se posent: la forme (**I**) et le contenu (**II**) de ce rattachement.

I- La forme du meilleur rattachement successoral

346. Par forme de rattachement, on vise son dénombrement: en matière successorale, le rattachement doit-il être unique ou multiple?

"Il y a rattachement multiple lorsque la règle de conflit retient plus d'une circonstance et peut donc conduire à l'application de plus d'une loi interne. Entre ces lois internes simultanément désignées, un choix doit évidemment être opéré"⁹³¹.

A contrario, le rattachement est unique lorsqu'il ne retient qu'une seule circonstance qui va conduire à l'application exclusive d'une seule loi interne. Ces définitions sont valables aussi pour la compétence internationale.

347. La recherche du meilleur rattachement porte sur les deux compétences juridictionnelle et législative. On répondra donc à la double

⁹³¹ P. GOTHOT et P. LAGARDE, "Conflits de lois: principes généraux", *Répertoire de droit international*, Janvier 2006, n°73.

question: unicité ou multiplicité du rattachement? Association ou dissociation de la compétence internationale et de la loi applicable?

La réponse à la deuxième question est beaucoup plus aisée que la première. La coordination des systèmes comparés ne peut se réaliser que si chaque système est lui-même cohérent et adopte des compétences coordonnées.

348. Ni la législation tunisienne actuelle dans le code de DIP, ni les propositions des rédacteurs de l'avant projet de réforme ne sont satisfaisantes pour plusieurs raisons.

S'agissant tout d'abord de la législation actuelle, on rappelle les problèmes d'interprétation déjà exposés liés à l'utilisation de la conjonction de coordination "ou" dans les deux textes régissant les deux compétences juridictionnelle et législative sans aucun critère défini de choix entre les rattachements qu'ils proposent. A l'incertitude du rattachement est juxtaposée la discordance entre les deux compétences, ayant pour résultat l'embarras des juges. Dans la majorité des cas, on a pu relever que la jurisprudence, choisissait arbitrairement le rattachement conduisant à la double reconnaissance de la compétence internationale du juge du for et de la loi tunisienne. Ce qui constitue une entrave sérieuse à l'objectif de coordination animant le législateur de 1998.

L'avant projet de réforme du code n'est pas moins complexe. Les choix des rédacteurs sont incompréhensibles: tout en gardant la discordance entre les deux compétences, ils entament une seconde dissociation quant au domaine des deux compétences en introduisant une division étrangère à la tradition juridique tunisienne au niveau de la loi applicable entre la dévolution légale d'une part et la gestion et la liquidation de la succession d'autre part. Or, cette distinction entre les différentes questions successorales est l'œuvre des systèmes de la *common law* qui consacrent le système de la succession aux biens. Alors que le droit tunisien s'est toujours reconnu un système de droit civil consacrant le principe de la continuité de la personne du défunt.

Cette distinction n'a été opérée que pour déterminer la loi applicable qui entrainera certainement des difficultés de mise en œuvre. Les règles de conflit proposées dans l'avant projet sont une source de complexité: multiplicité des rattachements sans aucune finalité claire, dissociation de compétence, et division des questions successorales. Cette désorganisation conceptuelle et juridique pourrait affecter la qualité de la jurisprudence si jamais il sera approuvé dans sa version actuelle.

Le parallélisme entre les deux compétences ne peut que faciliter la coordination. Il permet une meilleure lisibilité du droit des successions internationales de la part de tous les intervenants: juristes, héritiers, créanciers... Il assure aussi les impératifs d'intelligibilité et de sécurité juridique en évitant la contrariété des décisions judiciaires à l'échelle interne et internationale et en permettant au juge d'appliquer sa loi qu'il connaît par défaut. Par ailleurs, l'unité du *for* et du *jus* est le maître mot dans les deux ordres juridiques comparés bien qu'ils consacrent deux systèmes successoraux complètement antagonistes.

Un argument général pourrait être avancé tiré de l'idée que le Règlement européen ne peut servir de modèle, spécialement pour le droit tunisien, dans la mesure où il constitue le fruit de concessions de la part des États membres et que son application n'est universelle que pour la loi applicable. Les règles de la compétence internationale ne s'appliquent que dans la sphère européenne.

Cet argument est critiquable, car toute opération de coordination suppose nécessairement l'intervention de concessions. Il ne s'agit aucunement de s'identifier au Règlement européen mais de coordonner avec ses solutions. Le Règlement est une réalité juridique et un système avec lequel la Tunisie entretient des relations juridiques constantes ayant pour résultat l'augmentation incessante des affaires de successions internationales entre la Tunisie et l'espace européen.

Il appert donc, que la coïncidence entre les deux compétences constitue le premier pas vers la coordination. Le deuxième pas réside dans le nombre de rattachements.

349. La consécration des rattachements multiples exige l'existence de l'une des deux conditions suivantes: la première est la détermination d'un objectif, d'un intérêt à préserver, d'une "*justice matérielle recherchée*"⁹³² lorsque le rattachement est alternatif. Or, la matière successorale n'a aucun intérêt particulier à préserver comme l'affirme la majorité de la doctrine. La seconde condition, non cumulative, est d'observer un ordre hiérarchique entre un rattachement de principe et un ou plusieurs rattachements par conséquent, subsidiaires⁹³³. Dans les deux cas, la multiplicité des rattachements mènera à la multiplicité des lois applicables.

Certains auteurs présentent l'unicité du rattachement successoral des deux compétences juridictionnelle et législative, comme étant "*l'innovation essentielle du Règlement*"⁹³⁴. Le principe de l'unité étant "*l'idée principale qui a animé les auteurs du Règlement*"⁹³⁵. On reprend la question précédemment posée: le Règlement consacre-t-il réellement l'unicité du rattachement?

Concernant la compétence juridictionnelle, la réponse par l'affirmative est douteuse après l'arrêt de la CJUE portant sur l'interprétation de l'article 10 paragraphe 1 relatif à la compétence subsidiaire⁹³⁶. Les deux points essentiels déduits de cette affaire: l'obligation de relever d'office la compétence subsidiaire et l'obligation à la charge du tribunal de l'État membre de vérifier sa compétence sur la base de l'article 10 paragraphe 1 avant de se déclarer incompétent et se dessaisir de l'affaire. Le motif de la Cour est que le législateur européen a établi "*un ensemble de règles de compétence en matière successorale*".

⁹³² A. MEZGHANI, *commentaires...*, op. cit., p. 131.

⁹³³ A. MEZGHANI, *commentaires...*, op. cit., p. 131.

⁹³⁴ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen...*, op. cit., p. 641.

⁹³⁵ U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE, F. ODERSKY et B. REINHARTZ, op. cit., p. 4.

⁹³⁶ CJUE aff. C 645/20 du 7 avril 2022.

On déduit de cette interprétation de l'article 10, que le législateur européen consacre en réalité deux critères de rattachement hiérarchisés. Le schéma de la compétence internationale dans le Règlement se présente alors comme suit: la compétence juridictionnelle du for est fondée sur le rattachement général de l'article 4, à défaut, c'est l'article 10 qui s'applique.

On critiquera peut être cette affirmation en soutenant que la compétence subsidiaire objet de l'article 10 est soumise à la condition de l'existence des biens successoraux sur le territoire d'un État membre, outre la nécessité d'existence d'un "*lien fort*"⁹³⁷ entre le défunt et l'ordre juridique en question: nationalité ou résidence habituelle antérieure qui n'a été transférée que cinq ans avant la saisine du tribunal. Pour l'article 10 paragraphe 2, la compétence du tribunal du for est limitée aux biens successoraux existant sur le territoire du for.

Cette critique est facilement réfutable pour deux raisons: d'abord, le champ d'application de cette compétence subsidiaire est très large, dans la mesure où le législateur européen ne la limite pas aux biens immobiliers existant sur le territoire du for. Cette compétence est reconnue lorsque les biens successoraux, quelle que soit leur nature, sont situés dans un État membre. Elle s'étend aussi à l'ensemble de la succession, quelle que soit la nature des biens et le lieu de leur situation. Ensuite, pour élargir cette compétence, le législateur alterne les deux critères souverainiste (nationalité) et de proximité (dernière résidence habituelle).

Si les conditions précédentes ne sont pas réunies, la compétence est quand même reconnue sur la base du paragraphe 2 de l'article 10 pour uniquement les biens existant sur le territoire du for. Cette disposition a l'inconvénient majeur de rompre, d'une manière incompréhensible, non seulement l'"*idée force*" de l'unité successorale "*qui anime*" le Règlement mais aussi, et par conséquent, cette "*innovation essentielle*" de l'unicité du rattachement.

⁹³⁷ P. LAGARDE, "Principes de base...", article précité, p. 702.

A combiner cet élargissement avec l'obligation du relevé d'office de la compétence, on ne peut admettre que le Règlement consacre l'unicité du rattachement. Il ne s'agit pas non plus de simples "*nuances*"⁹³⁸ comme le considèrent certains commentateurs du Règlement.

Cette dernière analyse a pour but de démontrer que l'unicité du rattachement n'est pas le moyen pour atteindre l'idéal de l'unité successorale et que le rattachement multiple n'en est pas l'obstacle.

On peut conclure qu'à travers la compétence subsidiaire, le législateur européen entendait élargir la compétence des juges du for ainsi que de la loi du for.

350. Pareillement, pour la loi applicable: la clause d'exception porte le risque d'une application démesurée par le juge même si elle ne doit s'appliquer que dans des cas exceptionnels⁹³⁹. Elle pourrait aboutir à une application systématique du critère des liens les plus étroits, chaque fois que le défunt alternait sa résidence entre deux États différents et devenir ainsi un second point de rattachement conditionné par cette alternance de résidence.

Peut-on déduire que le critère de la dernière résidence habituelle ne suffit pas à lui seul pour fonder les deux compétences internationales et législatives?

Le modèle anglais est un modèle relativement moins complexe: ce n'est qu'à défaut de testament que sera posée la question de la succession. Mais, dans les deux cas, on envisage pratiquement les mêmes procédures. Étant un système doublement scissionniste, il opère une première scission au niveau du domaine de la succession et une deuxième selon la nature des biens. Il distingue entre l'administration de la succession et la distribution des biens.

⁹³⁸ P. LAGARDE, "Les principes de base...", article précité, p. 697.

⁹³⁹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 315.

La matière contractuelle en témoigne. La clause d'exception a été source d'abus et d'incohérence, avec la Convention de Rome. Le Règlement Rome I, n'a pas éradiqué cet inconvénient. V. M. E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, Droit des contrats internationaux, Sirey 2020, 2ème édition, n°245s, p.204s; n°269, p.225 ; n°273s, p.230s.

L'administration est régie par la loi de l'État dans lequel le *personal representative* a obtenu son *power of act* (son pouvoir d'agir, le *probate*). Tandis que pour la distribution, les meubles sont soumis à la *lex domicilii* et les immeubles à la *lex situs*. C'est un système traduisant une tradition juridique fondée sur le système de la succession aux biens, d'où la division de la matière successorale. Dans les trois cas, le rattachement est unique. Le schéma de la compétence est clair, lisible, sans risque d'une mauvaise interprétation par le juge. Aucune compétence subsidiaire ne vient fausser la mise en œuvre des règles de conflit.

On rappelle, les problèmes d'interprétation soulevés lors de l'étude du système tunisien à cause de la multiplicité des rattachements dans les deux cas de compétence (juridictionnelle et législative).

On en conclut enfin, que l'unicité du rattachement dans les deux cas de la compétence est le deuxième pas vers une meilleure coordination entre les systèmes juridiques. Reste à savoir: quel rattachement?

II- Le contenu du meilleur rattachement successoral

351. La coordination entre les systèmes juridiques n'implique pas nécessairement l'identité des solutions. L'identité des règles de conflits est le résultat de l'unification. La coordination implique simplement des solutions rapprochées qui permettent la conciliation entre les systèmes juridiques: elle suppose donc des concessions.

Dans le cadre du choix du meilleur contenu de rattachement successoral, on prendra en considération les précédentes conclusions: ce rattachement doit être unique et servira pour fonder les deux compétences juridictionnelles et législatives.

Un rattachement est, d'ores et déjà écarté: le rattachement au lieu de la situation des biens. La coordination ne rime pas avec la pluralité des ordres

juridiques concernés par la succession. En effet, il y aura autant de fors compétents et autant de lois applicables que de pays contenant des biens d'une même succession. Vu la complexité de la matière, la divergence des systèmes juridiques et la disparité des cultures et cultes, tout espoir de coordination sera éteint. Restent donc les deux critères personnalistes: la nationalité et le domicile.

352. En choisissant entre la nationalité et le domicile, on doit être guidé par des considérations rationnelles. On évitera le subjectivisme ainsi que le mimétisme juridique. On partira des données juridiques concrètes du droit tunisien en essayant de les rapprochant des concepts des systèmes comparés.

Le droit international privé tunisien actuel, ainsi que l'avant projet de réforme du code ont opté pour le critère de la nationalité pour régir les successions internationales, mais uniquement en vue de la détermination de la loi applicable.

En droit tunisien, le rattachement à la nationalité a une valeur historique basée sur des considérations religieuses. Ce critère a été consacré dans le décret de 1956 et approuvé par une certaine doctrine car ce texte permettait l'application aux non tunisiens et aux non musulmans de leurs lois nationales au lieu de la loi tunisienne⁹⁴⁰.

Il est universellement admis que le critère de la nationalité a triomphé grâce à MANCINI influant ainsi plusieurs ordres juridiques dont le droit tunisien. Il a fait valoir que la nation est la communauté naturelle des personnes qui habitent le même territoire, qui sont de la même race, partagent la même morale, mœurs et coutumes et parlent la même langue. Tout comme l'individu, la nation, possède un droit inviolable à la souveraineté et à la liberté vis-à-vis des autres peuples et États⁹⁴¹. En outre, la loi nationale est "*celle qu'a pu connaître le défunt et qui coïncide le mieux avec sa volonté probable*"⁹⁴². On y rajoute l'idée selon

⁹⁴⁰ M. CHARFI, *JDI* 1979, précité; A. MEZGHANI, "Le juge français et les institutions du droit musulman", *JDI*, 3, 2003, p. 721.

⁹⁴¹ L. I. DE WINTER, "Nationality or domicile", précité, p. 371.

⁹⁴² F. BOULANGER, *Thèse*, op. cit., p. 70

laquelle le besoin de continuité et de stabilité des règles de droit relatives au statut personnel est souvent l'unique raison pour maintenir le principe de la nationalité. Les partisans du principe de la nationalité soulignent souvent que ceux qui sont nés et ont grandi dans une civilisation occidentale ne peuvent accepter d'être soumis à la loi du domicile qui autorise la polygamie, les mariages d'enfants, la répudiation des épouses ou l'inégalité successorale. Les pays acceptant le principe du domicile n'ont que deux voies d'échappatoire: soit l'ordre public international soit l'introduction du principe du domicile d'origine qui servira de substitut à la nationalité⁹⁴³. On soutient enfin, que la nationalité d'une personne peut être déterminée avec une plus grande certitude que son domicile et, par conséquent, cela garantit la sécurité juridique⁹⁴⁴.

Mais est ce que ces arguments permettent toujours à la nationalité d'être le rattachement de prédilection en matière successorale?

353. Naturellement, des facteurs géographiques, ethniques, historiques et religieux affectent le contenu des règles de droit, en particulier celles du droit des successions. Mais l'idée qu'un peuple est un ensemble d'âmes unifiées par la nation dont le concept uniforme de droit se reflète dans le droit national est une invention naïve de l'imagination. Rien n'est plus révélateur que les débats incessants en Tunisie sur plusieurs questions d'une culture devant caractériser la nation, comme par exemple la question de l'inégalité successorale ou celle du dilemme "adoption ou *Kfala*" traduisant l'hésitation populaire entre le prohibé (*haram*) et l'autorisé (*halal*), ou encore le droit de l'enfant adultérin à succéder à son père. En outre, cet argument de l'identité nationale est valable uniquement lorsqu'on garde sa nationalité d'origine. Si on admet toujours la théorie de MANCINI, même après un changement de nationalité, c'est la loi nationale d'origine qui doit continuer à s'appliquer. En outre, le patriotisme s'affaiblit souvent au fur et à mesure que l'intégration dans le pays d'implantation

⁹⁴³ L. I. DE WINTER, "Nationality or domicile", précité, p. 403.

⁹⁴⁴ Ibidem.

progresses. Le lien entre l'État et l'individu peut même disparaître ou s'anéantir comme c'est le cas des réfugiés et des apatrides.

354. Ce débat invoqué sur l'opportunité du critère de la nationalité ne concerne que la question de savoir quel est le meilleur rattachement pour déterminer la loi applicable. En droit tunisien, la possibilité de rattacher la compétence internationale à la loi nationale du défunt ne s'est pas posée. Il était donc évident que c'est le for du dernier domicile du *de cuius* qui est compétent en matière successorale. En outre, la nationalité n'est pas le rattachement exclusif de la loi applicable en droit des successions internationales. Ce n'est que l'un des éléments prévus par le législateur sans aucune précision sur le critère de choix. L'article 54 du code de DIP admet aussi l'applicabilité de la loi du dernier domicile du défunt. A priori, le législateur tunisien ne s'attache pas réellement à la loi nationale en prévoyant non pas une, mais deux autres alternatives (la *lex domicilii* et la *lex situs*).

On rappelle qu'on avait souligné dès le départ, que la coïncidence entre les deux compétences juridictionnelle et législative est un impératif pour la coordination et la sécurité juridique. Sous l'égide de la loi actuelle, la coïncidence entre les deux compétences n'est pas impossible si la jurisprudence estime plus judicieux d'appliquer la loi du dernier domicile du défunt au lieu de sa loi nationale. Dans tous les cas, le législateur n'impose pas un ordre particulier de choix entre les trois lois. La jurisprudence pourrait donc contribuer à l'objectif de la coordination entre les systèmes en corrigeant elle-même cette dissociation entre les deux compétences.

355. Les rédacteurs de l'avant projet de réforme ont raté l'occasion d'écartier le critère de la nationalité pour apporter plus d'effectivité au règlement successoral: le juge saisi, appliquera sa loi qu'il connaît le mieux. Il aurait été plus judicieux d'opter pour le critère du dernier domicile du défunt. On pourrait se poser la question suivante: pourquoi le domicile et non pas la résidence habituelle?

356. En réalité, la dernière résidence habituelle serait sans aucune hésitation le meilleur rattachement pour les raisons suivantes: d'abord, parce qu'on a déjà établi que la notion de domicile telle que conçue en droit tunisien correspond jusqu'à l'identité à celle de la résidence habituelle. Donc admettre le critère du dernier domicile ou de la dernière résidence habituelle n'est finalement qu'un jeu de mots qui exprime la même réalité et qui aboutira concrètement aux mêmes conséquences juridiques. Ensuite, il est souhaitable que le critère choisi permette de rapprocher le plus possible entre le système de la succession aux personnes et celui de la succession aux biens. Le droit anglais prévoit le critère du domicile pour régir les biens meubles du défunt. De plus les trois systèmes comparés adoptent tous la même méthode de détermination, soit du domicile soit de la résidence habituelle, à savoir celle des faisceaux d'indices. Les trois systèmes abordent la question de la recherche du centre vie du de cujus de la même manière: à travers l'analyse des différentes circonstances de son vivant.

357. Reste la question de la soumission des immeubles en droit anglais à la compétence du lieu de leur situation. Le critère de la dernière résidence habituelle ne saura permettre l'effectivité et la possibilité de coordination entre le droit tunisien et le droit anglais. Mais le choix du rattachement ne peut être ni parfait ni catégorique. Il faut admettre que plusieurs éléments peuvent entraver la possibilité de coopération internationale dont la compétence exclusive comme il sera établi ultérieurement. On doit prendre en considération une donnée juridique importante: le droit tunisien adopte le système de la succession aux personnes. Il est naturellement plus proche juridiquement de l'espace européen que de l'espace anglais. Ce rapprochement se manifeste davantage à travers l'identité des notions. On doit se rappeler aussi, que le critère de la dernière résidence habituelle a été adopté par le Règlement européen pour rapprocher entre les systèmes de la *common law* et de la *civil law*⁹⁴⁵. D'où le troisième pas vers la coordination: le meilleur rattachement est celui de la dernière résidence habituelle.

⁹⁴⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 187.

Paragraphe deuxième: Le meilleur système successoral

359. Universellement, on distingue entre deux systèmes successoraux uniquement: l'unité et le morcellement.

La quête du système qui répondrait le mieux aux objectifs de la coordination et de l'harmonie internationale animant cette étude comparée oblige de comparer les deux systèmes pour en déduire le plus apte à atteindre la fin souhaitée.

Sera apprécié en premier lieu le principe de l'unité successorale (**I**) et en second lieu le principe du morcellement successoral (**II**), pour pouvoir ensuite résoudre le "*dilemme*"⁹⁴⁶ unité ou scission? (**III**).

I- Appréciation du principe de l'unité successorale

360. L'un des objectifs de cette étude comparée est la recherche de la meilleure règle de conflit pouvant réaliser la coordination entre les systèmes juridiques.

Outre le meilleur rattachement, il faut aussi déterminer le meilleur système successoral qui permettra d'atteindre cet objectif.

A cette fin, on se propose d'exposer les arguments en faveur (**A**) et contre (**B**) ce principe.

A- Les avantages du principe de l'unité successorale

361. Ces avantages ont été relevés par la doctrine, spécialement celle de SAVIGNY et de MANCINI adeptes du rattachement successoral unitaire⁹⁴⁷.

Avant l'entrée en vigueur du Règlement, la doctrine française favorable à l'unité successorale relevait le caractère hybride de la législation qui avait

⁹⁴⁶ F. BOULANGER, *les successions internationales, Problèmes contemporains*, Economica, 1981, p. 38.

⁹⁴⁷ J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986, p. 3.

consacré une "*unité partielle*"⁹⁴⁸. En effet, le droit français distinguait entre les meubles et les immeubles. Les immeubles étaient soumis à la compétence et à la loi de l'État de leur situation impliquant la pluralité des masses successorales. Tandis que les meubles étaient soumis à la loi du dernier domicile du défunt qui régissait toute la succession mobilière. Cette doctrine reprochait à ce système ses conséquences néfastes sur le principe de l'égalité successorale et de la réserve héréditaire consacrés en droit français⁹⁴⁹, d'où l'instauration du droit de prélèvement.

Une autre partie de la doctrine française considère que le morcellement tel que consacré en droit français "*reste une source de complications...tant pour les héritiers que les créanciers*"⁹⁵⁰.

362. Si pour certains systèmes juridiques l'unité est un moyen de protection des droits acquis dans la législation interne, ce principe porte d'autres avantages à caractère universel.

D'abord, c'est l'unique moyen d'assurer l'idéal de l'unité du patrimoine⁹⁵¹. "*Aucune voie médiane n'est envisagée: l'unité du patrimoine est synonyme d'unité de compétence, ou n'est pas. Et l'adage serait vrai tout autant pour la compétence législative que pour la compétence judiciaire*"⁹⁵².

Pour la compétence législative, l'application d'une loi unique sur l'ensemble de la succession permet d'éviter les décisions contradictoires portant sur les droits des bénéficiaires de la succession du défunt résultant de l'extrême divergence des droits internes en matière successorale. Une même loi doit donc se prononcer sur la détermination des héritiers, leur vocation successorale, les

⁹⁴⁸ L. François, "L'unité successorale en droit international privé", in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2391.

⁹⁴⁹ Ibidem.

⁹⁵⁰ P. LAGARDE, "Les principes de base...", article précité, p. 696.

⁹⁵¹ P. MAYER, V. Heuzé et B. Remy, op. cit., p. 597.

⁹⁵² M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, LGDJ, 2002, p. 84.

conditions de leur contribution aux dettes du défunt, leurs pouvoirs dans l'administration de la succession⁹⁵³ etc.

Pour la compétence judiciaire, envisager le patrimoine du défunt dans son ensemble assure une meilleure administration et liquidation de la succession. Un même juge ou une même autorité habilitée, prendra en considération toutes les composantes de la succession, meubles ou immeubles, quelque soit le lieu de leur situation, pour parvenir au partage juste de la succession entre les héritiers⁹⁵⁴. On évitera ainsi le risque de l'émiettement de la succession, du morcellement excessif faisant perdre le patrimoine successoral toute valeur économique et portant préjudice aux intérêts des héritiers.

363. L'unité de la succession assure aussi un meilleur règlement des dettes à l'égard des créanciers. En effet, *"l'état du droit positif n'est guère plus conforme à la logique des sous masses en matière de successions, où la transmission du passif pose des problèmes théoriques singuliers"*⁹⁵⁵. Tous les créanciers légataires, successoraux ou personnels du défunt doivent être informés de la procédure d'administration et doivent pouvoir intervenir spécialement dans la répartition du patrimoine auprès d'une seule autorité qui aura une vue d'ensemble sur tout le patrimoine aboutissant à un règlement plus équitable et plus efficace des dettes des divers créanciers⁹⁵⁶.

Pour minimiser les inconvénients du morcellement successoral à l'égard des créanciers de la succession, une partie de la doctrine a proposé que l'actif de chaque masse successorale intervienne proportionnellement à sa valeur dans la totalité du passif successoral⁹⁵⁷. Mais, cette position a été critiquée car elle présente deux difficultés: l'improbable uniformité d'évaluation des masses successorales d'un système à l'autre, et l'obligation qui pèse sur les créanciers

⁹⁵³ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, op. cit., p. 597.

⁹⁵⁴ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 141.

⁹⁵⁵ M. RAIMON, op. cit., p. 56.

⁹⁵⁶ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, op. cit., p. 597.

⁹⁵⁷ P. LEREBOURS-PIGEONNIERES, op. cit., p. 611 et suiv.

d'agir devant toutes les juridictions dans le ressort desquelles existent les biens de leur débiteur⁹⁵⁸.

Tous ces avantages du principe de l'unité n'ont pas dissimulé ses limites, à la fois d'ordre théorique et pratique.

B- Les inconvénients du principe de l'unité successorale

364. les inconvénients du principe de l'unité de la succession ont pour cause d'abord la situation de la matière successorale au carrefour de trois catégories hétérogènes: statut personnel, biens et obligations⁹⁵⁹. Ils sont ensuite dus à l'extrême divergence entre les droits internes des systèmes comparés: discordance procédurale, dissimilitude institutionnelle, et disparité des règles matérielles.

La compétence internationale du juge du for peut se heurter à une probable compétence exclusive étrangère portant sur les contestations, quelle que soit leur nature, ayant pour objet un immeuble situé sur le territoire d'un État étranger.

Une partie de la jurisprudence tunisienne⁹⁶⁰ considère que la situation de l'immeuble successoral à l'étranger est un obstacle à la compétence du juge tunisien pour deux raisons: d'abord, les actions portant sur des immeubles relèvent de la compétence exclusive du lieu de leur situation. Ensuite, le partage des biens immobiliers exige certaines procédures que le juge du for ne peut effectuer lorsque ces biens sont situés à l'étranger (déplacement sur les lieux, désignation des experts...).

De plus, l'exécution des décisions du for sur des biens immobiliers nécessite l'intervention de plusieurs organismes et autorités étrangères (registres, administration foncière, force publique...). D'où le principal inconvénient de l'unité successorale, qui réside dans l'inefficacité des décisions judiciaires du for

⁹⁵⁸ M. RAIMON, op. cit., p. 57.

⁹⁵⁹ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, op. cit., p. 597.

⁹⁶⁰ Cass. Civ. n° 2830 du 7 décembre 2006, précité.

portant sur des immeubles situés à l'étranger, qui se verront refuser la reconnaissance ou l'exequatur.

II- Évaluation du principe de morcellement successoral

365. Le principe de la scission caractérise le droit anglais, mais n'est pas étranger à plusieurs États européens dont la France. Le droit français adoptait le système du morcellement successoral avant la promulgation du Règlement sur les successions. Ce système continue toujours à s'appliquer pour les successions ouvertes avant son entrée en vigueur le 17 août 2015.

Afin d'évaluer ses systèmes, on présentera d'abord ses points forts (**A**) avant de préciser ses inconvénients (**B**).

A- Les avantages du morcellement successoral

366. L'adoption du principe de morcellement successoral s'est toujours expliqué par des raisons historiques, en droit français comme en droit anglais⁹⁶¹. D'autres arguments juridiques sont avancés: il s'agit de la proximité de l'immeuble de l'ordre juridique du for dont le régime de propriété oblige sa soumission à des exigences de publicité foncière dont seul le système juridique du lieu de la situation de l'immeuble est en droit de les déterminer⁹⁶².

La doctrine admet que le but du système de scission, tel qu'il a été établi, par exemple, en Angleterre, est avant tout d'assurer que la terre à l'intérieur du pays lui-même soit héritée selon les règles nationales. Celle-ci ne doit pas dépendre du hasard de sa soumission aux règles d'un droit successoral

⁹⁶¹ F. BOULANGER, *Les successions internationales...*, op. cit., p. 38.

⁹⁶² F. BOULANGER, *Les successions internationales...*, op. cit., p. 39.

étranger⁹⁶³. Pareillement, il est admis que les États étrangers doivent être également libres de décider des biens immobiliers situés sur leur territoire⁹⁶⁴.

La doctrine évoque aussi des arguments pratiques liés à la commodité du règlement successoral, et la coïncidence entre le *for* et le *jus*⁹⁶⁵. Ce dernier argument est toujours valide pour le droit anglais mais il n'a plus qu'une valeur historique en droit français. Mais tous ces mérites n'immunisent pas le principe de la scission des critiques.

B- Les inconvénients du principe de morcellement successoral

367. Les arguments liés à la différenciation entre les meubles et les immeubles sur la base du régime juridique ne sont plus d'actualité. Ce constat a été relevé depuis très longtemps par la doctrine: française⁹⁶⁶ et anglaise⁹⁶⁷. On considère que "*la publicité jadis réservée aux seuls immeubles, s'étend aujourd'hui aux transferts à cause de mort de certains meubles immatriculés*"⁹⁶⁸. On donne ainsi l'exemple des voitures, des bateaux de plaisance, des avions personnelles, des parts sociales des sociétés dont la valeur pourraient dépasser celle d'un immeuble.

Même la doctrine anglaise admet que Cette règle avait un certain sens avant 1926, lorsqu'il existait deux systèmes de succession *ab intestat* en droit interne anglais, l'un pour les biens immobiliers et l'autre pour les biens personnels. Cela a moins de sens aujourd'hui, alors que l'Angleterre et la plupart,

⁹⁶³ A. GRAHL-MADSEN, "Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, n°4, Oct. 1979, p. 604.

⁹⁶⁴ *Ibidem*.

⁹⁶⁵ F. BOULANGER, *Les successions internationales...*, op. cit., p. 39.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁶⁷ R. H. GRAVESON, *The conflict of laws*, sixth edition, London, 1969, p. 552: "*situations sometimes arise which make it difficult to separate succession to movables from that relating to immovables, and the conflict which takes place between the succession rules applying to each type of property has to be resolved by the principles of compromise*".

⁹⁶⁸ F. BOULANGER, *Les successions internationales...*, op. cit., p. 40.

sinon la totalité, des autres pays du monde ont adopté un système de succession *ab intestat* pour tous les types de propriété⁹⁶⁹.

De plus, en dehors du monde de la *common law*, la règle de la *lex situs* pour la succession *ab intestat* à la terre a été abandonnée presque partout. Il a donc été suggéré que la règle de la *lex situs* a perdu son utilité et devrait être abandonnée au profit de la loi du domicile de l'intestat⁹⁷⁰.

En droit moderne, c'est une complication tout à fait inutile d'avoir des règles de conflit différentes pour la succession *ab intestat* aux biens mobiliers et immobiliers. Même avant 1926, lorsque le droit interne anglais des successions était révisé selon des lignes modernes, les règles de la *lex situs* pouvaient produire des anomalies frappantes⁹⁷¹.

368. Le système scissionniste serait aussi inconcevable dans les systèmes non unifiés et pluri-législatifs mais aussi pluri-religieux: tel que l'Égypte ou le Liban⁹⁷².

Un autre inconvénient est lié à l'emprise du droit public sur les relations privées. En effet, cette distinction entre meubles et immeubles n'a d'explication que la volonté politique de l'État d'assurer son contrôle sur les immeubles situés sur son territoire⁹⁷³.

III- La solution au dilemme unité-scission: le meilleur système successoral

369. L'objectif de cette évaluation et comparaison classique entre les deux systèmes du morcellement et de l'unité n'a pour objectif que de se prononcer sur le prochain pas vers la coordination et la sécurité juridique.

⁹⁶⁹ DICEY, MORRIS & COLLINS, op. cit., p.1417.

⁹⁷⁰ Ibidem.

⁹⁷¹ Ibidem.

⁹⁷² Ibid., p.41.

⁹⁷³ Ibidem.

Les termes de la coordination, de la coopération et de l'harmonie reposent sur une idée clé: les concessions.

Il faut se demander sur l'utilité de certains arguments et pour y parvenir, il faut répondre à une première interrogation: un État perd-il sa souveraineté s'il reconnaît ou accepte l'exequatur d'un jugement étranger portant sur un immeuble situé sur son territoire?

La procédure d'exequatur n'est-elle pas un moyen de contrôle de la conformité à l'ordre public international dans ses deux composantes: de fond et de procédure?

Puis, la deuxième interrogation: l'État perd-il sa souveraineté si un immeuble situé sur son territoire est hérité par un étranger? Accepter la circulation des personnes entre les frontières ainsi que les échanges sociaux tels que les mariages mixtes auront sans aucun doute des conséquences juridiques sur le droit de propriété se rapportant aux immeubles situés dans un État donné: si ce n'est pas à travers la succession, il le sera à travers les régimes matrimoniaux.

Actuellement, contrôler des entreprises, des sociétés, des fonds de commerce serait politiquement plus exigible que contrôler un immeuble. La distinction selon la nature des biens n'est plus fondée ni économiquement ni socialement, elle doit arrêter de l'être juridiquement.

Il faut rappeler qu'en matière successorale, ce sont les intérêts des parties qui comptent: héritiers et créanciers de la succession. L'État n'a réellement qu'un intérêt fiscal.

Pour reprendre deux affirmations précédentes: La succession ne peut être qu'une unité. On n'est divergent qu'à cause de vouloir être différent. La coordination nécessite donc ce quatrième pas: l'unité successorale. D'autres mécanismes pourraient aussi être envisagés: il s'agit de certains correctifs de rattachement.

Section deux: Le rôle des correctifs de rattachement dans la coordination en matière successorale

370. Certains mécanismes sont conçus pour assurer la coordination entre les systèmes juridiques en droit international privé d'une manière générale. Ces mécanismes doivent intervenir spécialement en matière successorale.

Parmi ces mécanismes, on se propose d'étudier ceux qui ont pour effet le changement du critère de rattachement (**paragraphe premier**) et le renvoi (**paragraphe deuxième**).

Paragraphe 1: L'effet coordinateur des correctifs modificateurs du rattachement

371. Il existe deux techniques qui affectent le critère de rattachement et qui sont au service de la sécurité juridique et donc de la coordination entre les systèmes juridiques. On distingue entre la fraude à la loi (**I**) et le conflit mobile (**II**).

I- La fraude à la loi

372. La fraude à la loi est un mécanisme qui intervient pour corriger le rattachement. *"La fraude à la loi en droit international privé se définit traditionnellement comme l'utilisation volontaire d'une règle de conflit dans le but d'échapper à une disposition impérative de la loi normalement compétente"*⁹⁷⁴.

373. En droit tunisien, ce correctif est défini dans l'article 30 du code de DIP qui en détermine aussi le régime juridique. Le premier paragraphe de cet article dispose que: *"La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluder l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable"*.

⁹⁷⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 392.

374. En droit anglais, on se réfère à ce correctif par le terme "*abuse of private international law*"⁹⁷⁵ ou "*abuse of law*"⁹⁷⁶ ou "*abuse*"⁹⁷⁷ tout simplement. On affirme que la fraude ne porte pas uniquement sur la loi applicable, mais peut aussi concerner la compétence internationale ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers⁹⁷⁸. La doctrine évoque l'exemple caractéristique des pays appelés "*paradis de divorce*" (*Divorce havens*), où il est possible de divorcer à un coût de procédure très faible et obtenir un divorce rapide. Ces procédures sont entamées par les "*touristes du divorce*" à travers le changement du rattachement en vue d'éviter la loi de for où la procédure se manifeste complexe et longue⁹⁷⁹.

375. La fraude à la loi exige la réunion de deux conditions⁹⁸⁰: une condition matérielle qui est le changement artificiel⁹⁸¹ du rattachement; et une condition morale qui est constituée par l'intention frauduleuse d'échapper à la loi normalement applicable.

376. Une difficulté a été posée quant à la sanction de la fraude à la loi et a donné naissance à deux positions: la première considère que la fraude doit être sanctionnée non seulement par l'ineffectivité et l'inopposabilité de la nouvelle

⁹⁷⁵ M. BOGDAN, "Private international law as component of the law of the forum, General course on Private international law", *RCADI*, Vol. 348, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 196.

⁹⁷⁶ R. DE LA FERIA, "Reverberation of legal principles: further thoughts on the development of an EU principle of prohibition of abuse of law", in *R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER (eds), Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011.

⁹⁷⁷ A. BRIGGS, "The rejection of abuse in international civil procedure", in *R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER (eds), Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, pp. 261-277.

⁹⁷⁸ M. BOGDAN, op. cit., p. 196.

⁹⁷⁹ Ibid. p. 197.

⁹⁸⁰ نور الدين قارة، "استبعاد القانون الأجنبي: الدفع بالنظام العام والتحايل على القانون"، دورة دراسية حول المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، تنظيم مركز الدراسات القانونية والقضائية يومي 4 و 5 ماي 2001، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 2002، ص. 106.
لطفى الشاذلي و مالك الغزواني، مرجع مذكور سابقاً، ص. 438 و ما بعد.

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 393 et suiv.

⁹⁸¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé/1, Partie générale*, puf, 4ème édition, septembre 2017, p. 499.

situation suite au changement, mais aussi par l'ineffectivité du nouvel élément acquis suite à une manœuvre frauduleuse⁹⁸².

Cette position a été critiquée du fait que le changement du rattachement tel que la nationalité ou le domicile est un droit légitime⁹⁸³. D'où la solution à retenir, et qui a été adoptée par le législateur tunisien limitant la sanction de la fraude à la loi à l'inopposabilité de la nouvelle situation due au changement⁹⁸⁴.

Cet article prévoit dans son deuxième paragraphe la sanction de la fraude à la loi en prévoyant que: "*Lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement*". Selon certains auteurs, "*au regard du droit comparé la solution ne présente pas d'originalité*"⁹⁸⁵.

Même si elle manque d'originalité, certains commentateurs du code considèrent que cette disposition a l'avantage d'assurer la coordination avec les divers systèmes juridiques en accordant un statut égalitaire entre la loi tunisienne et la loi étrangère⁹⁸⁶.

⁹⁸² C'est la position d'une partie de la jurisprudence française, arrêt *Princesse de bauffremont*, Cass. civ. du 18 mars 1878, S. 1878. I. 193, note Labbé, Grands arrêts, 2006, no 6. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، ص 214 و ما بعد (و خاصة 215).

C'est aussi la position de la CJCE dans l'affaire *Hadadi*, CJCE, 16 Juillet 2009, C-168/08, *RECUEIL*, p. I-6871, n°57: "*Enfin, il convient d'admettre que le règlement n° 2201/2003, dans la mesure où il ne régit que la compétence judiciaire, mais n'édicte pas de règles de conflit de lois, paraît certes susceptible, comme M^{me} Mesko le fait valoir, d'inciter les époux à saisir rapidement l'une des juridictions compétentes afin de s'assurer les avantages du droit matériel du divorce applicable en vertu du droit international privé du for. Toutefois, contrairement aux prétentions de M^{me} Mesko, une telle circonstance ne saurait, par elle-même, avoir pour conséquence que la saisine d'une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du même règlement puisse être considérée comme abusive. En effet, ainsi qu'il ressort notamment des points 49 à 52 du présent arrêt, la saisine des juridictions d'un État membre dont les deux époux possèdent la nationalité, même en l'absence de tout autre lien de rattachement avec cet État membre, n'est pas contraire aux objectifs poursuivis par ladite disposition*".

⁹⁸⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 397; N. GARA, *Précis*, p. 203.

⁹⁸⁵ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 65.

⁹⁸⁶ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 442.

377. L'article 30 fait partie du chapitre I intitulé "*dispositions générales*", du Titre V relatif à la loi applicable. C'est donc un article à vocation générale qui s'applique à toutes les matières, dont les successions internationales.

378. En pratique de la jurisprudence tunisienne, la question de la fraude ne s'est pas encore posée concernant les successions internationales, mais elle a été mise en œuvre en matière de divorce international à l'occasion du célèbre jugement pénal du tribunal de première instance de Sousse⁹⁸⁷. En l'espèce, l'inculpé de nationalité égyptienne a épousé la plaignante de nationalité tunisienne. Il s'est ensuite remarié à une deuxième femme (également inculpée), de nationalité tunisienne aussi, sans avoir divorcé la première sur le fondement du droit égyptien autorisant la polygamie. Pour contourner les dispositions tunisiennes prohibitives du mariage polygame, les deux inculpés sont partis conclure leur mariage sur le territoire égyptien.

Dans sa décision d'inculpation, le tribunal se base d'abord sur l'aveu de l'époux égyptien de la manœuvre frauduleuse du critère de rattachement. Mais, ce qui retient l'attention est l'argumentaire juridique adopté par le tribunal. Celui-ci commence par rappeler les dispositions de l'article 45 du code de DIP qui soumet les conditions de fond du mariage à la loi nationale de chacun des deux époux. Il en conclut que l'époux égyptien est soumis à la loi égyptienne et a de ce fait le droit à la polygamie.

Le tribunal rappelle ensuite les dispositions de l'article 46 du code de DIP qui soumet les conditions de forme du mariage soit à la loi nationale commune, soit à la loi du lieu de sa célébration. Les deux inculpés étant de nationalités différentes, le contrat de mariage est donc soumis à la loi égyptienne.

Le tribunal conclut la réunion des conditions de fond et de forme du mariage à l'égard de l'époux égyptien. Il rappelle cependant, que le déplacement de l'inculpé à l'étranger en vue du mariage avec la seconde épouse de nationalité

⁹⁸⁷ TPI Sousse, jugement pénal n° 9672 du 24 novembre 2001, note S. BEN ACHOUR, *RTD*, 2002, p. 195 et suiv. (avec la traduction en français du jugement).

tunisienne, constitue une fraude à la loi tunisienne qui exige la délivrance d'un certificat de célibat de la part des ressortissants des pays autorisant la polygamie (l'article 46 paragraphe 2). Le tribunal rappelle un fait révélateur qui est la résidence prolongée (plus que 15 ans) de l'époux égyptien sur le territoire tunisien. Le changement étant artificiel, il n'en sera pas tenu compte en application de l'article 30 paragraphe 2 du CDIP.

379. A l'échelle européenne, le Règlement ne prévoit pas de dispositions spécifiques à la fraude à la loi comme c'est le cas pour d'autres correctifs (à l'instar de l'ordre public international ou du renvoi). Il y réserve une place dans le considérant 26 en ces termes: "*Aucune disposition du présent Règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé*".

Certains commentateurs du Règlement considèrent que ce correctif fait partie "*des principes généraux du droit européen*"⁹⁸⁸. Il a été admis dans "*l'affaire la plus célèbre*"⁹⁸⁹ *Princesse de Bauffremont*⁹⁹⁰. En l'espèce, la Princesse de Bauffremont, de nationalité française voulait divorcer pour épouser le Prince Bibesco alors que la loi française interdisait le divorce. Elle était donc partie en Allemagne où elle avait obtenu la nationalité allemande, y avait divorcé puis s'était remariée. La Cour de cassation française a considéré que cette naturalisation constituait une fraude à la loi du for et que par conséquent, le divorce et le mariage conclus en Allemagne étaient invalides en France.

Dans le cadre du Règlement européen, la question pourrait se poser à l'occasion d'une *professio juris*. C'est l'exemple du défunt désirant choisir une loi particulière à s'appliquer pour écarter la loi de sa dernière résidence habituelle qui est aussi sa loi nationale. Il demande ainsi à être naturalisé. Cette naturalisation devrait elle constituer une fraude à la loi?

⁹⁸⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit. p. 358.

⁹⁸⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 391.

⁹⁹⁰ Cass. civ. du 18 mars 1878, S. 1878. I. 193, note Labbé, Grands arrêts, 2006, no 6.

Les commentateurs du Règlement considèrent que ce cas, outre le fait qu'il ne sera pas très fréquent, posera le problème de la preuve eu égard surtout à l'attitude réticente de Cour de justice des communautés européennes à l'application de ce correctif⁹⁹¹.

La pratique jurisprudentielle ne révèle pas encore une attitude particulière de la jurisprudence à l'égard de ce correctif en matière de successions internationales. Y reconnaître une place dans le Règlement, même dans un considérant dont la valeur juridique est contestée, marque la volonté du législateur européen à l'admettre en tant que technique parmi d'autres permettant la coordination entre les divers systèmes juridiques à travers la lutte contre les manœuvres frauduleuses des rattachements successoraux.

II- Le conflit mobile

380. *"On appelle conflit mobile le mouvement imprimé au rapport juridique, en ceux de ses éléments que la règle de conflit de lois a choisis pour indices de localisation ou facteur de rattachement"*⁹⁹².

On le distingue généralement de la fraude à la loi du fait de leur rapprochement puisqu'il s'agit *"de deux problèmes qui se posent au stade de la mise en œuvre de la règle de conflit et empêchant le rattachement spatial-toujours pour le conflit mobile et le plus souvent en matière de fraude à la loi- de remplir directement sa fonction, c'est-à-dire de désigner la loi applicable à une question de droit"*⁹⁹³.

⁹⁹¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.358.

⁹⁹² F. RIGAUX, "Le conflit mobile en droit international privé", Vol. 117, *RCADI*, London ; Boston ; The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1966, p. 357.

⁹⁹³ M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Thèse de doctorat en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), présentée et soutenue publiquement le 1er décembre 2003, Dalloz, 2005, p. 53.

Contrairement à la fraude à la loi, le conflit mobile "*suppose un changement non frauduleux du critère de rattachement*"⁹⁹⁴. C'est un rattachement spatial ayant subi une modification dans le temps⁹⁹⁵, sans modifier sa substance⁹⁹⁶.

381. Sur la base de la possibilité de modifier le rattachement, la doctrine distingue entre deux types de critères: ceux qui peuvent subir un changement⁹⁹⁷ (le "*rattachement variable*"), et ceux qui ne le peuvent pas (le "*rattachement constant*")⁹⁹⁸.

Ainsi, ne rentrent pas dans le champ du conflit mobile par exemple le lieu de survenance du fait dommageable (responsabilité délictuelle), le lieu de situation d'un immeuble ou le lieu de la conclusion du contrat.

Une partie de la doctrine appelle à nuancer l'affirmation selon laquelle les règles fondées sur le rattachement de la volonté ne sont pas affectées par le conflit mobile car la volonté une fois manifestée ne peut être modifiée⁹⁹⁹. On évoque l'exemple du Règlement "*accordant la possibilité de choisir une loi qui n'est pas, au jour où la volonté s'exprime, désignée par le rattachement retenu*"¹⁰⁰⁰. En effet, la personne peut choisir, pour régir sa succession future, sa loi nationale au moment où elle fait le choix ou au moment du décès¹⁰⁰¹.

Inversement, peuvent faire objet de conflit mobile par exemple, la nationalité, le domicile ou le lieu de situation du meuble¹⁰⁰².

⁹⁹⁴ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 63.

⁹⁹⁵ M. SOULEAU-BERTRAND, op. cit., p. 53.

⁹⁹⁶ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 431.

⁹⁹⁷ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p.432.

⁹⁹⁸ H. LEWALD, "Règles générales des conflits de lois, contribution à la technique du droit international privé", *RCADI*, Boston ; The Hague ; London : Martinus Nijhoff Publishers, 1939, p. 39.

⁹⁹⁹ M. FARGE, "Détermination du droit applicable", in *Droit de la famille*, Dalloz action, 8ème édition, 2020-2021, p. 1716.

¹⁰⁰⁰ Ibidem.

¹⁰⁰¹ Article 22 paragraphe 1 du Règlement.

¹⁰⁰² Ibid. p. 40.

382. En droit tunisien, le conflit mobile est régi par l'article 29 disposant que: "*La loi applicable est désignée selon le cas soit en fonction de l'élément de rattachement existant au moment de la naissance de la situation juridique, soit en vertu de celui existant au moment où se produisent les effets de cette situation juridique*".

D'après cette disposition, lors de la désignation de la loi applicable, le juge retiendra le rattachement de la naissance du rapport juridique ou bien de celui de ses effets. Ce qui implique que le changement de rattachement n'a pas d'effet rétroactif¹⁰⁰³ et qu'il est interdit au juge d'appliquer le rattachement établi après la naissance de la relation juridique ou de ses effets¹⁰⁰⁴. Les commentateurs du code de DIP donnent l'exemple des époux de nationalité française commune au moment de leur mariage et qui avaient obtenu la nationalité italienne au cours de leur vie de couple. Si la question de la validité de leur mariage se pose, il faut dans ce cas consulter la loi française et non pas la loi italienne qui pourrait anéantir les effets d'une situation née régulière avant le changement du rattachement¹⁰⁰⁵.

D'après certains annotateurs du code de DIP, l'article 29 a une valeur historique puisqu'il a été consacré pour éviter les difficultés engendrées par la disposition de l'article 4 paragraphe 2 du décret de 1956 qui soumettait les effets du mariage d'un couple mixte à la loi nationale du mari en vigueur le jour de la célébration du mariage¹⁰⁰⁶. Cette disposition empêchait le juge de tenir compte du changement du critère de rattachement et en conséquence du droit compétent¹⁰⁰⁷.

La question du conflit mobile a fait l'objet de quelques applications jurisprudentielles en matière de divorce international sous l'égide du décret de 1956. Ainsi, dans l'un des arrêts, la Haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour

¹⁰⁰³ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 432.

¹⁰⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁰⁶ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, p.63.

¹⁰⁰⁷ Ibidem.

d'appel en considérant que la nationalité des parties doit être appréciée au moment de l'introduction de l'affaire devant le juge et non au moment de la conclusion du contrat du mariage. Elle a pris en considération le changement de la nationalité du mari qui était devenu français et donc soumis à l'article 1er du décret de 1956 et non à l'article 4¹⁰⁰⁸.

Ce mécanisme correcteur n'a pas fait jusqu'à ce moment l'objet d'application jurisprudentielle tunisienne en matière de successions internationales. Vu le caractère général de la règle, cette matière n'en est pas exclue.

383. Dans le Règlement, le conflit mobile semble animer le législateur européen en prévoyant le rattachement de la loi hypothétique pour la recevabilité et la validité des testaments¹⁰⁰⁹ et des pactes successoraux¹⁰¹⁰. Les commentateurs du Règlement considèrent que ce rattachement a l'avantage principal "*de protéger les dispositions à cause de mort valables au jour de leur établissement des conséquences potentiellement fatales du conflit mobile*"¹⁰¹¹. En effet, le changement de la résidence habituelle après la conclusion de la disposition à cause de mort affectera inévitablement la loi applicable à la succession. La loi successorale serait différente de celle qui aurait été applicable au moment de la conclusion de l'acte par le jeu du conflit mobile. C'est pourquoi il est considéré par la majorité des annotateurs du texte européen comme étant le moyen pour assurer la sécurité juridique¹⁰¹² surtout pour les bénéficiaires des dispositions irrévocables d'un pacte successoral¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ Cass. civ. n° 1387, du 17 juin 1977, *Bull. 1977*, Partie II, p. 43. Dans le même sens: Cour d'appel de Tunis, arrêt n° 56468, du 25 décembre 1963, *RJL*, 1964, n°4, p. 433.

¹⁰⁰⁹ Article 24 du Règlement.

¹⁰¹⁰ Article 25 du Règlement.

¹⁰¹¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 419-420.

¹⁰¹² U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 128.

¹⁰¹³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 441.

Paragraphe deuxième: Le renvoi coordination

384. Le renvoi coordination, est une théorie adoptée par une partie de la doctrine qui affirme l'utilité de ce mécanisme pour assurer l'harmonie juridique et la coordination entre les systèmes juridiques divergents.

La mise en œuvre du renvoi diffère d'un système à l'autre. Avant d'étudier l'application de mécanisme dans les systèmes comparés (II), il faut d'abord procéder à l'exposé de la théorie du renvoi coordination (I).

I- Exposé de la théorie du renvoi coordination

385. Le renvoi est un mécanisme qui intervient dans les conflits des systèmes, auquel la doctrine s'y réfère par l'expression "*le conflit des règles de conflits*"¹⁰¹⁴. Les règles de conflit sont aussi appelées "*règles de rattachement*"¹⁰¹⁵ car elles rattachent le rapport juridique en présence à la loi désignée¹⁰¹⁶. Ce conflit peut être positif ou négatif, de rattachements ou de qualifications.

Dans le conflit positif, chacune des règles de *rattachement* en présence donne la compétence à la loi interne du for¹⁰¹⁷. Les deux systèmes se déclarent alors compétents de connaître du litige en question. La doctrine affirme que le conflit positif est sans solution à moins que les juridictions de l'un des systèmes impliqués se dessaisisse en faveur de l'autre¹⁰¹⁸.

Dans le conflit négatif, aucune loi interne ne se veut applicable. Chaque règle de conflit désigne la loi applicable de l'autre¹⁰¹⁹. La doctrine considère que cette situation a donné lieu à la "*controverse du renvoi*"¹⁰²⁰: "*C'est la question de savoir si le magistrat est obligé de tenir compte non seulement de la règle de*

¹⁰¹⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 267; H. LEWALD, "La théorie du renvoi", op. cit., p. 523.

¹⁰¹⁵ H. LEWALD, "La théorie du renvoi", op. cit., p. 523.

¹⁰¹⁶ Ibidem.

¹⁰¹⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 491.

¹⁰¹⁸ Ibidem.

¹⁰¹⁹ Ibidem.

¹⁰²⁰ Ibidem.

*conflit de sa propre législation, mais aussi, le cas échéant, du droit international privé d'une législation étrangère*¹⁰²¹? Cette question est le corollaire d'une autre: après la désignation de la loi étrangère applicable, le juge doit-il tenir compte uniquement des dispositions matérielles de cette loi ou bien aussi des règles conflictuelles du système étranger normalement compétent?¹⁰²²

La doctrine n'est pas unanime. En réponse à cette question, une partie de la doctrine affirme que les règles de conflits étrangères ne peuvent être complètement écartées surtout dans le conflit négatif¹⁰²³. Elle distingue entre deux types de renvoi: au premier degré et au second degré.

*"Il y a renvoi au premier degré lorsque la règle de conflit étrangère de l'État dont la loi interne est compétente d'après la règle de conflit du for, désigne la loi interne de ce dernier for comme devant être applicable"*¹⁰²⁴.

Il y a renvoi au second degré lorsque la règle de conflit étrangère du pays dont la loi interne est applicable en vertu de la règle de conflit du for, attribue compétence non à la loi du for, mais à une loi tierce qui se reconnaît compétente¹⁰²⁵. Dans le cadre de ce renvoi, on distingue entre deux situations: si la règle de conflit étrangère renvoie à une loi non encore désignée et se reconnaît applicable, l'objectif de la coordination est réalisé¹⁰²⁶. Par contre, si la règle étrangère renvoie à une loi précédemment désignée, on rentrera dans un cercle vicieux¹⁰²⁷. A ce problème, la doctrine est divisée entre trois positions¹⁰²⁸: la première suggère de retourner aux dispositions internes de la loi étrangère initialement désignée par la règle de conflit française suite à l'échec du renvoi. La deuxième considère que la première solution ne doit être admise que si les deux systèmes adoptent la même position du renvoi. Dans le cas où l'un d'eux n'admet

¹⁰²¹ H. LEWALD, "La théorie du renvoi", op. cit., p. 525.

¹⁰²² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 492.

¹⁰²³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 491.

¹⁰²⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 275.

¹⁰²⁵ Ibidem.

¹⁰²⁶ Y. LEQUETTE, "Renvoi", *Répertoire de droit international*, Décembre 1998, actualisation de mars 2009, n° 57.

¹⁰²⁷ Ibidem.

¹⁰²⁸ Ibidem.

pas le renvoi, le cercle vicieux est alors rompu¹⁰²⁹. La dernière fait prévaloir l'idée de coordination en considérant que la solution doit toujours dépendre du droit international privé de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for: si le droit étranger rejette le renvoi, dans ce cas on appliquera la loi qu'il désigne. S'il accepte, c'est sa propre loi qui sera appliquée¹⁰³⁰.

Le renvoi a été mis en œuvre par la jurisprudence française dans la célèbre affaire *Forgo*¹⁰³¹ dans laquelle la Cour de cassation avait accepté le renvoi fait par la règle de conflit bavaroise.

Un débat s'est levé suite à la jurisprudence *Forgo* qui a été critiquée par une partie de la doctrine française sous l'influence de BARTIN. Il s'y est fortement opposé en évoquant les arguments suivants: si la règle de conflit française a désigné la loi étrangère, celle-ci doit être entendue de ses règles matérielles et non conflictuelles, puisque le conflit des lois est déjà tranché par le droit international privé français. L'acceptation du renvoi fait par la règle de conflit étrangère porte atteinte à la souveraineté de l'État dans la mesure où c'est le droit étranger qui se prononcera sur l'applicabilité de la loi française¹⁰³². En outre, ce mécanisme porte le risque de tomber dans un "cercle vicieux"¹⁰³³ de renvois infinis.

Malgré cette hostilité doctrinale au renvoi, la Cour de cassation française n'a pas abandonné le mécanisme et l'a repris ultérieurement dans plusieurs affaires dont l'affaire *Soulié* du 1er mars 1910 en soutenant: " *que la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé, et à ce que la loi*

¹⁰²⁹ D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n° 513.

¹⁰³⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n° 307, p. 501.

¹⁰³¹ 2. Civ. 24 juin 1878, DP 1879. I. 56, S. 1878. I. 429, Grands arrêts, 2006, no 7, p. 60 ; Cass. req. 22 févr. 1882, DP 1882. I. 393, note LABBE, Grands arrêts, 2006, no 8, p. 61.

¹⁰³² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 493.

¹⁰³³ Ibid., p. 494.

française régisse d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire".

Dans une approche favorable au renvoi, LEREBOURS-PIGEONNIERE considère que la diversité des systèmes juridiques impose au législateur d'en tenir compte tant que son but est de résoudre des conflits internationaux. Même si chaque système croit consacrer la meilleure réglementation de droit international privé, la divergence des règles de conflit à l'échelle internationale reflète la relativité de ce jugement de valeur du système juridique du for¹⁰³⁴.

LEREBOURS-PIGEONNIERE et NIBOYET proposaient la technique du renvoi-règle subsidiaire¹⁰³⁵ avec des différences de mise en œuvre. Pour le premier auteur, dans une situation de conflit négatif suite au refus par la loi normalement applicable de l'offre de compétence, le juge devra modifier sa règle de conflit nationale afin de chercher un rattachement subsidiaire pour aboutir à une nouvelle règle traduisant un rapprochement avec la loi étrangère normalement applicable¹⁰³⁶.

Pour NIBOYET, dans chaque situation de conflit négatif, il sera systématiquement fait recours à la loi du for¹⁰³⁷.

386. Ces deux théories ayant été critiquées à cause des difficultés qu'elles pourraient engendrer, plusieurs auteurs préfèrent une autre conception du mécanisme du renvoi¹⁰³⁸. Ceux-ci y voient un moyen de coordination entre des systèmes juridiques divergents. C'est l'idée de BATIFFOL, visant à assurer l'harmonie entre les systèmes juridiques, et selon laquelle le législateur crée une "*coordination éventuelle*"¹⁰³⁹ entre la règle du for et la règle de conflit étrangère.

¹⁰³⁴ Y. LEQUETTE, "Renvoi", *Répertoire de droit international*, Décembre 1998, actualisation de mars 2009, n°20.

¹⁰³⁵ P. GOTHOT et P. LAGARDE, "Conflits de lois: principes généraux internationaux", *Répertoire de droit international*, octobre 2013, n° 150.

¹⁰³⁶ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, op. cit., n°259.

¹⁰³⁷ J-P NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Tome III: *Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*, Paris: Sirey, 1944, n°998.

¹⁰³⁸ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n° 25.

¹⁰³⁹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 497.

Il ne s'agit nullement d'un abandon de la souveraineté en conséquence à l'abandon de la règle de conflit du for au profit de la règle de conflit étrangère. On considère que cette loi étrangère "*n'entre pas en jeu par miracle*"¹⁰⁴⁰, mais c'est grâce au système juridique du for. En vue de la coordination, le législateur tiendra compte de la structure des systèmes juridiques en présence de manière à résoudre le conflit des souverainetés à travers une combinaison des deux règles de conflit permettant un résultat accepté par les deux systèmes en présence¹⁰⁴¹.

387. Partant de l'idée que la théorie de renvoi coordination est celle qui prévaut, on s'est demandé sur le domaine de son intervention: certains auteurs proposent que ce mécanisme intervienne sous forme de principe et exceptions. Devant l'idée séduisante du renvoi coordination, ces auteurs, appuyés par la jurisprudence, ont appelé à admettre le renvoi en tant que règle générale qui n'est écartée que s'il s'avère que ce mécanisme est "*impraticable ou inopportun*"¹⁰⁴².

Ce mécanisme s'entend mal avec les règles de conflits fondées sur le principe de proximité lorsqu'elles consacrent le rattachement des liens les plus étroits. Par contre, la règle fondée sur le principe de proximité tout en consacrant un rattachement abstrait (lieu de survenance du délit par exemple) permet la mise en œuvre de ce mécanisme. Son domaine de prédilection reste cependant, les règles de conflits à rattachement souverainiste (le rattachement à la nationalité)¹⁰⁴³.

D'autres auteurs proposent la limitation de son champ d'application pour qu'il n'intervienne que dans des cas bien déterminés¹⁰⁴⁴. Une partie de ces auteurs raisonnant en termes de principe et d'exceptions, appellent à admettre le rejet du renvoi en tant que règle générale, sa mise en œuvre serait exceptionnelle et

¹⁰⁴⁰ Ibid., p. 498.

¹⁰⁴¹ Ibid., n°304, p. 497-498.

¹⁰⁴² Y. LEQUETTE, "Renvoi international", précité, n° 29.

¹⁰⁴³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n°311, p. 507.

¹⁰⁴⁴ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n°26.

limitée à certaines matières comme les successions ou le statut personnel selon la proposition de FRANCESKAKIS¹⁰⁴⁵.

Cette position a été critiquée dans la mesure où il n'est pas possible de conclure à des avantages généraux du renvoi coordination, que s'il est admis en règle générale¹⁰⁴⁶. "*L'idée de coordination des systèmes et les avantages qui s'y attachent – harmonie internationale des solutions, homogénéité du droit interne du for – constituent alors des objectifs suffisamment généraux pour que le procédé conserve sa valeur de référence*"¹⁰⁴⁷.

388. Le renvoi coordination exige aussi que la règle de conflit soit bilatérale: pour "*qu'il y ait renvoi il faut qu'il y ait envoi*"¹⁰⁴⁸. Il faut aussi qu'elle ne soit pas à rattachements multiples avec une finalité ou une justice matérielle à réaliser, car la loi désignée par ces règles de conflits est la mieux appropriée à réaliser la finalité pour laquelle elle a été édictée¹⁰⁴⁹.

389. La mise en œuvre du renvoi coordination nécessite l'application de la règle de conflit étrangère et donc son interprétation, qui doit se faire par référence à la loi étrangère, à "*ses propres concepts*"¹⁰⁵⁰, car "*le sens des termes ne peut être demandé qu'à l'auteur de la règle*"¹⁰⁵¹.

Certains auteurs affirment qu'il en résulte que "*l'interprétation de la loi étrangère renvoyant à la loi française échappe au contrôle de la Cour de cassation*"¹⁰⁵². Par contre, l'interprétation de la règle de conflit française pour déterminer si elle vise les règles de conflits étrangères ou bien le droit substantiel étranger uniquement est soumise au contrôle de la Cour de cassation car

¹⁰⁴⁵ P. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, n°249.

¹⁰⁴⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n°311, p. 507.

¹⁰⁴⁷ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n°32.

¹⁰⁴⁸ Y. LOUSSOUARN, *Travaux comité français de droit international privé*, 3ème année, tome 2, 1980-1981, p. 124.

¹⁰⁴⁹ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n° 41.

¹⁰⁵⁰ Ibid., n°. 51.

¹⁰⁵¹ Ibidem.

¹⁰⁵² Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n°51.

l'interprétation porte sur la loi française et non pas sur la loi étrangère¹⁰⁵³. Cette différence de traitement est justifiée par la qualification attribuée par la jurisprudence à la loi étrangère comme étant un élément de fait, dont l'interprétation est soumise à l'appréciation souveraine du juge¹⁰⁵⁴.

390. S'agissant du renvoi des qualifications, ce mécanisme est appliqué lorsque la qualification de la règle de conflit étrangère diffère de celle de la règle du for¹⁰⁵⁵. La doctrine française donne un premier exemple: celui de la qualification de la prescription de l'obligation qui est considérée comme une question de fond en droit français alors qu'elle est qualifiée de question de procédure en droit anglais et est donc soumise à la loi du for¹⁰⁵⁶. Un deuxième exemple concerne la rupture des fiançailles qui est considéré en droit français comme étant un fait juridique et donc soumis à la loi du lieu de sa survenance, alors qu'en droit allemand il fait partie du statut personnel¹⁰⁵⁷.

Le doctrine française considère qu'une fois le mécanisme de renvoi est admis par la règle de conflit étrangère, le renvoi de qualifications peut être mis en œuvre puisqu'il s'agit d'interpréter la règle de conflit étrangère. Cette mise en œuvre est cependant conditionnée par la non contrariété au sens de la règle de conflit quand elle aboutit notamment au morcellement d'une catégorie juridique que la loi du for ne veut pas dissocier¹⁰⁵⁸. Une autre difficulté pratique pourrait entraver le renvoi coordination qui est celle de la preuve de la loi étrangère et de son statut dans l'ordre juridique étranger.

¹⁰⁵³ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1966, XXIII, n° 230, p. 342.

¹⁰⁵⁴ Cass. com., 26 février 2002, pourvoi n° 99-42.573 J, arrêt n° 789 FS/D: "*L'application que fait le juge du droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation*"; A. PERDRIAU, "La loi étrangère au regard du juge de cassation", *Petite affiches*, **N°113 DU 6 JUIN 2002**, p. 7.

¹⁰⁵⁵ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n°53; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n°310, p. 505.

¹⁰⁵⁶ Ibidem.

¹⁰⁵⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n°310, p. 506.

¹⁰⁵⁸ Ibidem.

II- La mise en œuvre du renvoi en matière successorale dans les systèmes comparés

391. Le renvoi est un moyen de coordination, mais sa consécration n'est pas uniforme dans les trois systèmes comparés: il est débattu en droit anglais (**A**), conditionné dans le Règlement (**B**) et complètement rejeté par le droit tunisien (**C**).

A- La consécration du renvoi en droit anglais

392. Avant d'exposer la consécration par la jurisprudence et par la doctrine anglaises du mécanisme du renvoi, on rappelle que le système anglais adopte la même définition du mécanisme, pose les mêmes problématiques et opère les mêmes distinctions entre renvoi de premier et de second degré, et renvoi de rattachements et de qualifications¹⁰⁵⁹.

393. La jurisprudence anglaise n'a pas été uniforme sur la mise en œuvre du mécanisme du renvoi. La doctrine anglaise affirme que ce mécanisme n'est pas admis dans la vaste majorité des cas à cause des difficultés qu'il suscite liées surtout à la preuve de la loi étrangère¹⁰⁶⁰. C'est pourquoi, la question de l'applicabilité du renvoi n'est abordée que si elle est invoquée par l'une des parties¹⁰⁶¹.

Dans l'une des affaires¹⁰⁶², la jurisprudence affirme qu'il existe une "présomption" d'inapplicabilité du renvoi, sauf pour une "raison très forte" (*strong reason*). Mais elle ne s'accorde pas sur l'approche adoptée pour le renversement ou la réfutation de cette présomption.

Selon une première position, il faut raisonner au cas par cas. Le juge a donc l'appréciation souveraine de décider de la mise en œuvre de ce mécanisme

¹⁰⁵⁹ J. O'BRIEN, op. cit., p. 134 et suiv.; C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, *The conflict of laws*, Oxford University Press, Fourth edition, 2011, p. 36 et suiv.

¹⁰⁶⁰ J. O'BRIEN, op. cit., p. 134; C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 36.

¹⁰⁶¹ C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 36; A. BRIGGS, op. cit., p. 18.

¹⁰⁶² *Jacob v Motor Insurers Bureau* [2010] EWCA Civ 1208 (27 October 2010).

en se basant sur la politique du droit anglais ainsi que de la loi étrangère. "*On ne peut répondre à la question de l'admission du renvoi à l'avance de peur d'écartier la politique (les choix) de la loi étrangère*"¹⁰⁶³.

Cette position a été critiquée par une autre partie de la jurisprudence car elle constitue une entrave sérieuse à la sécurité juridique et propose de limiter l'admission du renvoi à certaines catégories juridiques¹⁰⁶⁴. La majorité de la jurisprudence et de la doctrine considèrent que le renvoi doit être écarté par exemple, dans la matière contractuelle¹⁰⁶⁵. Les positions divergent cependant, sur l'admission du renvoi dans les contestations portant sur un titre de propriété mobilière¹⁰⁶⁶. Inversement, on affirme que le renvoi est fréquemment admis en matière successorale¹⁰⁶⁷ et testamentaire¹⁰⁶⁸ et de statut personnel d'une manière générale, notamment la question de la capacité de se marier ou d'avoir un partenaire dans le cadre d'un *civil partnership*¹⁰⁶⁹.

Plus généralement, la jurisprudence anglaise a adopté trois solutions divergentes: le rejet du renvoi, le "*partial*" ou "*single renvoi*" et le "*total renvoi*"¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶³ *Dornoch Ltd v Westminster International BV* [2009] EWHC 1782 (Admlty) (17 July 2009): "*One should not answer the question in advance in such a manner as may, inadvertantly, preclude application of the policy adopted by the foreign law*".

¹⁰⁶⁴ *Blue Sky One Ltd & Ors v Mahan Air & Anor (Rev 1)* [2010] EWHC 631 (Comm).

¹⁰⁶⁵ CHESHIRE, NORTH and FAWCETT, *Private international law*, Oxford, fifteenth edition, 21 september 2017, p. 71; C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 36.

¹⁰⁶⁶ Jurisprudence admettant le renvoi en cette matière: *GLENCORE INTERNATIONAL A.G. AND OTHERS v. METRO TRADING INTERNATIONAL INC.* [2001] 1 Lloyd's Rep. 284.

Jurisprudence rejetant le renvoi en matière de titre de propriété mobilière: *Iran v Berend* [2007] EWHC 132 (QB): Le juge affirme que le renvoi s'applique plus fréquemment en matière successorale et ne peut s'appliquer en matière contractuelle ou délictuelle; "*Whether or not it should apply in any given circumstances is largely a question of policy. To take examples, it has been applied most frequently in the context of the law of succession; on the other hand, it is not applied in the fields of contractual relations or tort. It seems that the modern approach towards renvoi is that there is no over-arching doctrine to be applied, but it will be seen as a useful tool to be applied where appropriate*".

¹⁰⁶⁷ *Re O'Keefe*, [1940] Ch. 128.

¹⁰⁶⁸ *Annesley, Re* [1926] Ch. 692 (21 May 1926).

¹⁰⁶⁹ C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 36.

¹⁰⁷⁰ J. O'BRIEN, op. cit., p. 134 et suiv.; C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 36 et suiv.

394. Dans la première approche, la jurisprudence a rejeté le renvoi, notamment dans les affaires *Bremer v Freeman*¹⁰⁷¹ et *Hamilton v Dallas*¹⁰⁷². Elle adopte une solution simpliste consistant en l'application des dispositions internes de la loi étrangère applicable.

395. La deuxième solution est celle du "*partial or single or simple or continental renvoi*"¹⁰⁷³, qui englobe les deux cas du renvoi au premier degré et au second degré¹⁰⁷⁴. Il résulte du renvoi de la règle de conflit étrangère soit à la loi du for, soit à une loi tierce.

396. La troisième solution est relative au "*total renvoi*" ou le "*double renvoi*" ou la "*foreign court theory of renvoi*"¹⁰⁷⁵. Dans cette approche, le juge anglais adoptera la "*politique*" (*policy*) du droit étranger que désigne sa règle de conflit. Il abordera l'affaire de la même manière que l'aborderait la juridiction du droit étranger que la règle de conflit anglaise a désigné. Si la loi étrangère accepte le renvoi, il appliquera les dispositions de droit interne de cette loi étrangère. En revanche, si cette loi étrangère n'accepte pas le renvoi, il appliquera la loi du for¹⁰⁷⁶.

Le "*total renvoi*" a été critiqué par la doctrine comparée (française notamment) à cause de son "*relativisme excessif*"¹⁰⁷⁷. Ils affirment que si tous les systèmes adoptaient la "*foreign court theory of renvoi*", le mécanisme "*ne serait praticable qu'à la condition de ne pas se généraliser*"¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷¹ *Bremer v Freeman* (1857) 10 Moo PCC 306. Cette jurisprudence avait un double apport: elle donnait des enseignements sur la notion du domicile ainsi que sur les éléments de sa détermination. Elle se prononçait ensuite sur le mécanisme du renvoi en le rejetant.

¹⁰⁷² *Hamilton v Dallas* (1875) 1 Ch D 257.

¹⁰⁷³ J. O'BRIEN, op. cit., p. 136.

¹⁰⁷⁴ Ibidem, C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 37.

¹⁰⁷⁵ Ibidem; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n°309, p. 503.

¹⁰⁷⁶ Ibidem.

¹⁰⁷⁷ Ibidem.

¹⁰⁷⁸ Ibidem.

397. La majorité des auteurs anglais¹⁰⁷⁹ considèrent que la doctrine du renvoi a été réellement consacrée pour la première fois par la jurisprudence anglaise en matière de validité des testaments dans l'affaire *Re Amnesley*¹⁰⁸⁰. En l'espèce, la testatrice de nationalité anglaise, avait son dernier domicile en France. La Cour était saisie de la question de savoir qui doit hériter de ses biens meubles sis en Angleterre. Son testament était valide selon la loi anglaise mais invalide selon la loi française car elle n'a pas légué les deux tiers de sa succession à ses enfants. D'après le droit anglais, la loi applicable à la validité quant au fond d'un testament est la loi française, celle-ci étant la loi du dernier domicile de la défunte. La Cour a considéré qu'elle devait décider de l'affaire comme si c'était le tribunal français qui en aurait été saisi. Elle rappelle ainsi la règle de conflit française qui désignait la loi anglaise applicable à la succession de la défunte. Puis, elle s'est posée la question de savoir si le juge français aurait accepté le renvoi fait par la règle de conflit anglaise ou l'aurait-il rejeté? S'il l'aurait accepté on aurait donc recours au *partial* renvoi, s'il le rejette, on appliquerait la solution du rejet de renvoi. Comme le droit français acceptait le renvoi au premier degré, la Cour déclare la loi française applicable au litige.

La doctrine anglaise affirme que dans la majorité des cas, la jurisprudence anglaise préfère la forme du total renvoi à celle du partial renvoi¹⁰⁸¹.

B- Le renvoi conditionné dans le Règlement européen

398. Le législateur européen n'a pas été insensible à l'importance du renvoi et à son avantage indiscutable de coordination entre les divers systèmes juridiques en matière successorale. "*La raison principale en faveur de l'admission du renvoi en matière de successions internationales est la recherche de l'uniformité internationale des décisions, un but particulièrement désirable*

¹⁰⁷⁹ J. O'BRIEN, op. cit., p. 137; C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 37; J. G. COLLIER, *Conflict of laws*, Cambridge University Press, Third edition, 2001, p. 22.

¹⁰⁸⁰ [1926] 1 Ch 692.

¹⁰⁸¹ C. M. V. CLARCKSON and J. HILL, op. cit., p. 38.

*dans ce domaine*¹⁰⁸². Cet objectif de coordination est exprimé dans le considérant 57¹⁰⁸³ du Règlement prévoyant qu' *"il y a lieu d'accepter ce renvoi afin de garantir une cohérence au niveau international"*.

Mais il faut préciser qu'initialement, ce mécanisme avait été écarté par l'article 26 de la proposition de la Commission excluant toute forme de renvoi à l'instar des autres règlements européens¹⁰⁸⁴. L'admission du renvoi en matière successorale est donc exceptionnelle. Ce mécanisme est régi par l'article 34 du Règlement disposant que: " 1. *le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient:*

a) à la loi d'u État membre; ou

b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30". Il appert de cet article qu'il contient un principe (1) et des exclusions (2).

¹⁰⁸² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 560.

¹⁰⁸³ Le considérant 57 du Règlement dispose que: *"Les règles de conflit de lois énoncées dans le présent règlement peuvent conduire à l'application de la loi d'un État tiers. Dans un tel cas, il convient de tenir compte des règles de droit international privé dudit État. Si ces règles prévoient le renvoi à la loi d'un État membre ou à la loi d'un État tiers qui appliquerait sa propre loi à la succession, il y a lieu d'accepter ce renvoi afin de garantir une cohérence au niveau international. Il convient toutefois d'exclure le renvoi lorsque le défunt avait fait un choix de loi en faveur de la loi d'un État tiers"*.

¹⁰⁸⁴ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 149.

1- Le principe: admission sélective du renvoi

399. Le législateur européen n'a autorisé ce mécanisme que si la règle de conflit européenne désigne la loi d'un État tiers, la règle de conflit de l'État membre étant, par défaut, la même que celle du for¹⁰⁸⁵.

L'article 34 du Règlement distingue entre deux cas: lorsque le renvoi est fait à la loi du for ou à la loi d'un autre État membre lié par le Règlement (**a**) et lorsque le renvoi est fait à la loi d'un État tiers (**b**).

a- Le renvoi à la loi du for ou à la loi d'un État membre

400. Ce renvoi est l'objet du paragraphe 34 paragraphe 1 sous a) qui admet les deux types de renvoi: le renvoi au premier degré et le renvoi au second degré.

Le renvoi au premier degré se réalise lorsque la règle de conflit de l'État tiers désignée par celle du Règlement renvoie à la loi du for.

Le renvoi au deuxième degré a lieu lorsque la règle de conflit de l'État tiers désignée par celle du Règlement renvoie à une loi tierce mais qui est celle d'un État lié par le Règlement.

Dans les deux cas, le renvoi est accepté sans aucune autre condition particulière puisque la compétence législative ne dépasse pas le cercle limité des États liés par le Règlement. " *L'assimilation de ces deux situations se justifie dans la mesure où les règles de conflit en vigueur dans l'État du for et dans un autre État lié par le Règlement sont les mêmes*"¹⁰⁸⁶.

401. Les commentateurs du Règlement énumèrent les mérites de la règle surtout sur le plan pratique¹⁰⁸⁷. Le renvoi tel que prévu dans cette première disposition, permet d'éviter les difficultés liées à la preuve et au coût de la loi étrangère d'une part, et à sa possible contrariété à l'ordre public international du for d'autre part, lorsqu'elle contient des dispositions inadéquates avec le système

¹⁰⁸⁵ Ibid., p. 150.

¹⁰⁸⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 565.

¹⁰⁸⁷ A. BONOMI, P. WAUTELET, op. cit., p. 566.

européen caractérisé par l'homogénéité et l'unité des valeurs et des principes¹⁰⁸⁸. On cite l'exemple des législations successorales discriminatoires à l'instar du droit tunisien dans certains cas¹⁰⁸⁹.

Ces commentateurs évoquent aussi l'idée de l'uniformisation et de la coordination, mais uniquement à l'échelle européenne. Dans le cadre du paragraphe premier sous a) de l'article 34, il y a toujours application de la loi de l'un des systèmes liés par le Règlement¹⁰⁹⁰.

402. Cette règle de principe est toutefois limitée par le risque du cercle vicieux et du "*chassé-croisé*" lorsque la loi de l'État tiers désignée par la règle de conflit européenne consacre elle aussi le renvoi au premier degré¹⁰⁹¹. A cette limite, le Règlement ne prévoit aucune solution. Les auteurs proposent deux approches: la première suggère de ne tenir compte que de la règle de conflit étrangère en écartant son système de renvoi¹⁰⁹². Cette proposition présente l'avantage de l'application de la loi du for ou de la loi d'un État membre. La seconde approche est d'appliquer la technique du *total* renvoi du droit anglais, qui a l'avantage de l'uniformité des solutions.

b- Le renvoi à la loi d'un État tiers

403. Est considéré un État tiers, tout État non lié par le Règlement, même s'il est membre de l'Union Européenne. Pour l'Angleterre, la question ne se pose plus après le Brexit.

Ce cas de renvoi est prévu par le paragraphe 1 sous b) de l'article 34 du Règlement. C'est le cas où la règle de conflit étrangère désignée par la règle de

¹⁰⁸⁸ Ibidem; U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. Cit., p. 150.

¹⁰⁸⁹ Y. LEQUETTE, "Renvoi", précité, n° 61.

¹⁰⁹⁰ A. BONOMI, P. WAUTELET, op. cit., p. 566.

¹⁰⁹¹ Ibid., p. 567; V. aussi: A. BONOMI, P. WAUTELET, op. cit., p. 573.

¹⁰⁹² Ibidem.

conflit européenne, renvoie elle-même à la loi d'un autre État tiers. Le renvoi à l'État tiers est conditionné par l'acceptation de celui-ci du renvoi.

Cette solution est inspirée de l'article 4 de la Convention de 1989¹⁰⁹³ et est justifiée par l'idée "*de ne pas perturber par l'application du règlement une situation localisée hors du territoire de l'Union et qui est résolue de façon semblable par les règles de conflit des États tiers intéressés*"¹⁰⁹⁴.

Le renvoi à l'État tiers pourrait engendrer la conséquence inopportune de "*la réapparition possible du morcellement*"¹⁰⁹⁵. La doctrine donne l'exemple du défunt qui avait sa dernière résidence habituelle en Angleterre en laissant des biens immeubles en France et en Angleterre. En appliquant le renvoi, on aboutira au morcellement de la succession en deux masses: les biens existant en Angleterre régis par la loi anglaise en application de la règle générale de la dernière résidence habituelle ; et les biens immeubles sis en France qui seront régis par la loi française suite au renvoi du droit anglais à la loi du lieu de situation de l'immeuble¹⁰⁹⁶.

2- Les exclusions du renvoi dans le Règlement

404. L'article 34 du Règlement procède dans son paragraphe 2 à plusieurs exclusions, limitativement citées, de la mise en œuvre du mécanisme du renvoi. Ces exclusions se justifient par les objectifs des règles dans lesquelles elles interviennent.

405. Le premier cas d'exclusion concerne la règle de l'article 21 contenant le rattachement des liens les plus étroits. Selon les annotateurs du code, cette exclusion est logique, car si la loi désignée en vertu de cet article est la mieux

¹⁰⁹³ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 151, A. BONOMI, P. WAUTELET, op. cit., p. 569.

¹⁰⁹⁴ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 152.

¹⁰⁹⁵ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1626.

¹⁰⁹⁶ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1627.

appropriée à régir le litige successoral en raison de sa proximité. Elle ne doit pas être "*remise en cause*"¹⁰⁹⁷ par le jeu du renvoi, car dans ce cas "*la proximité l'emporte sur la recherche de l'uniformité*"¹⁰⁹⁸.

Cette position est doublement critiquable: d'abord, la clause d'exception objet de l'article 21 du Règlement ne devait pas exister car elle constitue une entrave sérieuse à la coordination entre les systèmes juridiques. Ensuite, il est regrettable de préférer la proximité à l'uniformité et donc à la sécurité juridique. Les droits des citoyens du monde entier seront jugés au cas par cas sur la base de l'appréciation subjective et souveraine de chaque juge entraînant un droit variable, illisible et imprévisible.

406. Le deuxième cas d'exclusion est relatif à la règle de l'article 22 relatif à la *professio juris*. Le rejet du renvoi dans cette situation est logique, dans la mesure où sa mise en œuvre ne laissera plus aucune place à la volonté. L'article 22 serait donc une disposition superflue. Son application serait tributaire du résultat de la mise en œuvre du renvoi.

La même critique peut être adressée à cette disposition, puisque dans ce cas on avait préféré le principe de l'autonomie de la volonté à l'idée de la coordination entre des systèmes très divergents.

407. La troisième exclusion se rapporte à la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort, tandis que la quatrième est liée à la validité quant à la forme de la déclaration concernant l'acceptation ou la renonciation. Dans les deux cas, l'exclusion du renvoi se justifie pleinement, car ce mécanisme ne peut être mis en œuvre dans le cadre de règles de conflits à rattachements multiples visant la recherche d'une justice matérielle.

408. La dernière exclusion concerne les lois de police objet de l'article 30 du Règlement. Dans ce cas le rejet est systématique devant une loi d'application immédiate, la règle de conflit étant elle-même écartée.

¹⁰⁹⁷ A. BONOMI, P. WAUTELET, op. cit., p. 571.

¹⁰⁹⁸ Ibidem.

C- Le rejet "*inopiné*"¹⁰⁹⁹ du renvoi en droit tunisien

409. En droit tunisien, le renvoi a été pendant longtemps un mécanisme controversé (1) avant d'être définitivement et généralement rejeté par le législateur (2).

1- Le renvoi: un mécanisme controversé

410. Avant la promulgation du code tunisien de DIP, la doctrine tunisienne n'était pas unanime sur l'admission du renvoi en matière successorale, donnant lieu à plusieurs positions divergentes.

La première était hostile à l'admission du mécanisme de renvoi d'une manière générale¹¹⁰⁰ et non seulement dans le cas des successions internationales. Cette partie de la doctrine se basait sur "*le défaut de cousinage juridique entre la loi étrangère désignée par la règle de conflit et la loi du for bénéficiaire du renvoi*"¹¹⁰¹. Le renvoi entraîne un risque d'incompatibilité avec la loi étrangère désignée et d' "*une métamorphose complète du régime juridique du rapport de droit considéré*"¹¹⁰². Cette position évoque aussi des difficultés d'ordre pratique: ce mécanisme aboutit à un prolongement inutile du litige et à un fardeau de preuve de la loi étrangère tant sur le juge que sur les parties. Une autre partie de la doctrine tunisienne considère même que le renvoi est une source de doute et d'insécurité juridique entraînant l'imprévisibilité du droit applicable¹¹⁰³.

Cette position a été critiquée par certains auteurs affirmant que "*le cousinage*" entre les systèmes juridiques n'est pas une condition indispensable

¹⁰⁹⁹ L. CHEDLY, "Le rejet inopiné du renvoi par le droit international privé", in *Mélanges en l'honneur du Doyen SADOK BELAID*, Tunis 2004, p. 314.

¹¹⁰⁰ M. L. HACHEM, "Nouvelles réflexions sur le renvoi", *RTD* 1995, p. 185.

¹¹⁰¹ J. M. VERDIER, "Décolonisation et développement en droit international privé: (Essai d'une systématisation à partir de l'expérience française)", *Journal de droit international privé*, Clunet, 1962, p. 952.

¹¹⁰² J. M. VERDIER, article précité, p. 952.

¹¹⁰³ M. BEN MOUSSA, op. cit., p. 325; N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 191.

pour l'acceptation du renvoi¹¹⁰⁴. L'universalisme et le modernisme caractérisent le code du statut personnel dans l'écrasante majorité de ses dispositions, à l'exception de la matière successorale¹¹⁰⁵. Cela est dû à la particularité caractérisant le droit successoral interne, puisque les règles successorales du code du statut personnel sont la reproduction des dispositions du droit musulman en la matière. Cette particularité du droit successoral tunisien justifiait la deuxième position doctrinale qui suggérait un renvoi sélectif: le mécanisme peut être admis dans toutes les matières à l'exception des successions internationales pour éviter le risque d'injustice¹¹⁰⁶.

La troisième position doctrinale est favorable¹¹⁰⁷ au renvoi. Elle appelle à une admission généralisée de ce mécanisme dans toutes les matières sans excepter la matière successorale¹¹⁰⁸.

Cette position ne peut qu'être affirmée et confirmée vu les nombreux avantages du renvoi assurant la coordination spécialement en matière successorale entre les trois systèmes comparés. L'idée de *cousinage juridique* ne trouve plus aujourd'hui d'assise juridique sérieuse en matière successorale pour deux raisons au moins: d'abord, car les règles successorales de droit interne tunisien ne sont pas d'ordre public, elles sont des règles supplétives. Les parties peuvent y déroger par une convention contraire. Ces conventions sont d'ailleurs très répandues en pratique. De plus, le système juridique tunisien n'est pas un système confessionnel, bien que le droit musulman constitue l'une des sources du code. C'est un système laïque consacrant toutes les valeurs universelles des droits de l'Homme et de l'humanité¹¹⁰⁹, des valeurs aussi partagées par le droit musulman aussi. Car le problème ne réside pas dans le droit musulman lui-

¹¹⁰⁴ M. CHARFI, "Chronique de la jurisprudence tunisienne", *Journal de droit international privé*, Clunet, 1979, p. 657.

¹¹⁰⁵ Ibidem.

¹¹⁰⁶ M. CHARFI, "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *RCADI* 1987, p. 399 et suiv.

¹¹⁰⁷ K. MEZIOU, *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français, Le cas du divorce des couples mixtes*, Thèse de doctorat d'État en droit privé, Tunis 1982, p. 151 et suiv.

¹¹⁰⁸ Ibidem; A. MEZGHANI, *Droit international privé...*, op. cit., p. 318.

¹¹⁰⁹ L. CHEDLY, M. GHAZOUANI, op. cit., p. 483.

même, mais dans l'interprétation qui lui est attribuée. Rien ne le prouve le plus, que les innombrables divergences qui existent entre les systèmes de droit musulman eux même.

En témoigne de la modernité et de la laïcité du droit tunisien, l'adhérence de la Tunisie à plusieurs conventions internationales ayant pour objet le renforcement du respect des droits de l'Homme, spécialement la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. En témoigne aussi le code du statut personnel qui se veut un code laïque et moderne partageant les valeurs et principes universels de l'humanité comme l'égalité des sexes¹¹¹⁰ en prohibant la polygamie et la répudiation par exemple...

Même en matière successorale, le code du statut personnel a introduit plusieurs mécanismes juridiques qui tendent à préserver les droits de la femme sur la succession¹¹¹¹, à l'instar du mécanisme du droit de retour légal spécial¹¹¹² et les droits des petits enfants sur la succession par le mécanisme du legs obligatoire¹¹¹³.

¹¹¹⁰¹¹¹⁰ K. MEZIOU, "Femmes et changement, le code du statut personnel et ses réaménagements, une stratégie du changement par des réformes juridiques", in *Femmes et changement*, CREDIF, 1999, p29.

¹¹¹¹ K. MEZIOU, "Approche iconoclaste du droit des successions", in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au professeur SASSI BEN HALIMA*, CPU, 2005, p. 907; A. MEZGHANI, K. MEZIOU-DORAI, *L'égalité entre hommes et femmes en droit successoral*, Tunis, sud. Éd., 2006.

¹¹¹² Objet de l'article 143 bis qui dispose que: "*La fille ou les filles, la petite-fille de la lignée paternelle à l'infini bénéficient du retour du surplus, même en présence d'héritiers " Aceb " par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants, ainsi que du trésor*".

¹¹¹³ Objet de l'article 191 du code du statut personnel disposant que: "*Les enfants, garçons ou filles, d'une personne qui décède avant ou en même temps que leur aïeul ou leur aïeule bénéficient d'un legs obligatoire équivalent à la part successorale qu'aurait recueillie leur père ou leur mère s'ils étaient restés vivants, sans que cette part puisse dépasser le tiers de l'actif successoral.*

Toutefois, ils n'ont pas droit au legs obligatoire :

1) s'ils sont appelés à la succession de leur aïeul ou aïeule,

2) s'ils bénéficient d'un legs fait en leur faveur par leur aïeul ou aïeule ou si ces derniers leurs ont fait don, de leur vivant, de l'équivalent du legs obligatoire. Si le legs, fait en leur faveur, est inférieur au legs obligatoire ou s'il l'excède, il y aurait lieu dans le premier cas à

Ensuite, actuellement, la majorité des systèmes juridiques, du moins les trois systèmes comparés avec lesquels la Tunisie entretient les relations les plus étendues, admettent le renvoi. Une meilleure coordination entre ces systèmes exige donc l'admission du renvoi coordination.

411. L'application jurisprudentielle du renvoi oscillait elle aussi entre l'acceptation et le rejet du renvoi.

Le mécanisme fut admis pendant les premières années de l'indépendance dans plusieurs matières, dont les successions internationales à l'occasion de la célèbre affaire du *dentiste canadien*¹¹¹⁴. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Tunis a accepté le renvoi opéré par le droit international privé canadien en faveur de la loi tunisienne. Il s'agissait en l'espèce d'un dentiste canadien décédé domicilié en Tunisie. Il laissa des biens meubles et immeubles sur le territoire tunisien qui fussent revendiqués par son neveu utérin de nationalité bulgare. Un certificat de décès citant comme héritier du *de cuius* ce neveu utérin fût produit. Le chef de contentieux de l'État intenta une action en justice demandant de déclarer la nullité de ce certificat et de déclarer l'État tunisien seul héritier de la succession. Il soutenait que la loi canadienne compétente de régir le litige en vertu de l'article 4 paragraphe 8 du décret du 12 juillet 1956, renvoyait à la loi du domicile, en l'espèce à la loi tunisienne et qu'il fallait accepter ce renvoi. Le tribunal de première instance de Tunis rejeta la demande du chef de contentieux de l'État au motif que ce dernier n'a pas rapporté la preuve que le *de cuius* était domicilié en Tunisie. En appel, cette preuve fut rapportée. La Cour d'appel affirma que le droit tunisien accepte le renvoi. Par conséquent, la loi applicable est la loi tunisienne conformément au renvoi opéré par la règle de conflit canadienne.

complément, dans le deuxième cas, l'excédent est considéré comme legs volontaire et soumis aux règles générales du legs.

Le legs obligatoire prime le legs volontaire. Les legs volontaires viennent au même rang et sont réduits au marc le franc en cas de concours".

¹¹¹⁴ Cour d'Appel de Tunis, du 20/12/1974, *RTD* 1977, II, p. 17, note M. L. HACHEM (en arabe); M. CHARFI, "Chronique...", précité, p. 657.

412. Cette position a été mise en cause dans des arrêts subséquents et notamment dans la non moins célèbre affaire *Cachia*¹¹¹⁵. La Cour d'appel de Monastir rejeta le renvoi en se fondant sur le caractère personnaliste du droit tunisien et sur l'absence de *cousinage culturel* entre la Tunisie et les pays occidentaux. Cet arrêt a été cassé. La position de la Cour de cassation était ambiguë: elle appliquait la loi tunisienne en se fondant à la fois sur le renvoi et sur le privilège de nationalité, alors que le renvoi supposait l'application des règles de conflits du droit étranger¹¹¹⁶. La Cour d'appel saisie pour la deuxième fois de l'affaire a accepté le renvoi. Mais son arrêt a été encore une fois cassé. La Cour de cassation rejette le renvoi pour l'absence d'une unité culturelle entre la Tunisie et la France¹¹¹⁷.

L'hésitation jurisprudentielle a été relevée au sein des chambres de la Cour de cassation en acceptant le renvoi dans certaines décisions¹¹¹⁸ et l'écartant dans d'autres¹¹¹⁹.

Ces débats doctrinal et jurisprudentiel ont été interrompus par la promulgation du code de droit international privé qui s'est clairement prononcé sur la question.

2- Fin de la controverse: "la surprenante suppression du renvoi"¹¹²⁰

413. L'article 54 CDIP, la loi applicable est "*la loi interne*". Le terme "*interne*" indique clairement le rejet du renvoi. La règle de conflit tunisienne

¹¹¹⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Monastir, du 03 mai 1990, *R.J.L* 1991, p.525, note N. GARA.

¹¹¹⁶ Arrêt de la Cour de cassation, n° 28151, du 23 mars 1993, *R.J.L* 1993, p. 409, note N. GARA.

¹¹¹⁷ Arrêt de la Cour de cassation, n° 60562-97, du 26 janvier 1999, *R.J.L.* 1999, p. 227, note N. GARA.

¹¹¹⁸ Affaire *Halfon*, du 28 janvier 1964, *RTD*, 1963-1965, p. 106, note M. NIZARD.

¹¹¹⁹ Affaire *Hamed*, du 29 mai 1973, *Bull.* 1974, p.800; note M. L. HACHEM, *RTD*, 1975.

¹¹²⁰ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 65.

entend l'application du droit interne sans prendre en considération le droit international privé du droit étranger normalement applicable.

Cette référence à la loi interne est inutile, puisque le législateur consacre l'exclusion générale de ce mécanisme dans l'article 35 du code de DIP qui dispose que: "*Sauf dispositions contraires de la loi, le renvoi n'est pas admis, qu'il aboutisse à l'application de la loi tunisienne ou à celle d'un autre État*".

414. Le rejet général du renvoi par le législateur a été critiqué par plusieurs commentateurs du code qui le jugeaient d'"*injustifié*"¹¹²¹ vu "*l'absence de particularisme du droit tunisien*"¹¹²² qu'il soit lié aux sources de la loi du for ou à son contenu. En outre, "*le rejet général du renvoi revient aussi à méconnaître l'évolution substantielle du droit tunisien et notamment du statut personnel*"¹¹²³. On estime que c'est grâce au renvoi que certaines dispositions discriminatoires du droit tunisien ont été abrogées dont l'application seraient en contrariété avec les attentes légitimes des étrangers¹¹²⁴. Le législateur avait donc rejeté le correctif de rattachement, qui par de par son essence, assure la coordination et l'harmonie juridique entre les systèmes divergents¹¹²⁵.

415. Si le législateur a procédé au rejet général du renvoi, pourquoi donc le rappeler en matière successorale? Le législateur se répète-t-il, ou s'agit-il d'un "*rejet sélectif*" ?¹¹²⁶ On pense que la véritable, sinon l'unique, raison du rejet général du renvoi dans l'article 35 du code n'est d'autre que la volonté du législateur tunisien de l'écarter en matière successorale¹¹²⁷. Cette position s'affirme davantage quand on constate que l'exclusion expresse et la référence à "*la loi interne*" n'a été introduite dans le code que dans le cadre des successions internationales. On rappelle que le renvoi est rejeté dans d'autres matières qui

¹¹²¹ L. CHEDLY, "Le rejet inopiné...", précité, p. 299; V. aussi, A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 65.

¹¹²² L. CHEDLY, "Le rejet inopiné...", précité, p. 300.

¹¹²³ A. MEZGHANI, "*Commentaires...*", précité, p. 67.

¹¹²⁴ Ibidem.

¹¹²⁵ Ibidem.

¹¹²⁶ A. BEN KHAMASSI, article précité, p. 426.

¹¹²⁷ A. BEN KHAMASSI, article précité, p.426.

sont régies par des règles de conflits à rattachements multiples. L'exclusion du renvoi s'impose même dans ces cas de par la nature spécifique de la règle comportant une justice matérielle à réaliser (exemple: les articles 50, 72, 73 du code...).

Qualifiant le rejet général du renvoi d' "*inopiné*"¹¹²⁸, certains auteurs considèrent que le législateur tunisien aurait mieux fait d'accepter le renvoi comme règle générale dans l'article 35 du code de DIP, et l'excepter dans certaines matières qui auraient une certaine particularité justifiant son rejet, comme par exemple pour écarter une disposition discriminatoire¹¹²⁹.

Eu égard à l'unique exclusion expresse opérée dans l'article 54 du code de DIP relatif aux successions internationales, une partie de la doctrine tunisienne a même considéré que la formulation de l'article "*n'a de sens que si le législateur a entendu exclure spécialement en matière successorale le renvoi, ce qui suppose qu'il est par ailleurs admis*"¹¹³⁰ ...

¹¹²⁸ L. CHEDLY, "Le rejet inopiné...", précité, p314.

¹¹²⁹ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p.67 et 68.

¹¹³⁰ *Ibidem*, p. 68.

Chapitre deuxième: Les mécanismes procéduraux au service de la coordination en matière successorale

416. La coordination internationale entre les systèmes juridiques en matière successorale, ne doit pas s'arrêter au stade théorique des règles de conflits (juridictionnelles et législatives) et leurs mécanismes de mise en œuvre.

La coordination n'a d'effet que si elle est matérialisée par des mécanismes procéduraux assurant la circulation des décisions à l'échelle internationale sans aucun obstacle juridique injuste.

En matière successorale, la coordination peut s'effectuer par deux sortes de mécanismes juridiques: les mécanismes portant sur la circulation des décisions (**Section première**) et des actes étrangers (**Section deuxième**).

Section première: La coordination de la circulation des décisions internationales en matière successorale

417. Par circulation des décisions internationales on vise les effets des jugements et des actes émanant des autorités judiciaires. "*Leur réception dans les ordres juridiques dont ils ne relèvent pas est une exigence de la coopération entre les États devant répondre aussi à la satisfaction des intérêts des particuliers*"¹¹³¹.

418. Le jugement étranger ne bénéficie pas du même statut et régime juridiques qu'un jugement rendu par le juge du for. Les décisions émanant des autorités judiciaires nationales sont directement exécutoires sur le territoire du for. Les jugements étrangers nécessitent l'intervention de l'impérialisme du juge. Or, un juge étranger n'a aucun pouvoir de commandement à l'égard de la force publique du for, car il porte atteinte à la souveraineté de l'État qui dispose exclusivement de ce pouvoir. On en déduit que la question des effets des décisions étrangères met en contact deux souverainetés contradictoires, d'où la nécessité d'harmonisation entre les systèmes juridiques en présence¹¹³².

Les mécanismes de coordination des effets des décisions internationales ont souvent un caractère général et ne sont pas spécifiques à la matière successorale.

Ces mécanismes peuvent être de sources internationales revêtant la forme de conventions multilatérales ou bilatérales. La Tunisie est liée par plusieurs conventions bilatérales d'entraide judiciaire, notamment avec des États de l'espace européen¹¹³³. Elles sont aussi de source interne: chaque système a son propre dispositif législatif de reconnaissance et d'exécution.

¹¹³¹ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 182.

¹¹³² Ibidem.

¹¹³³ On cite notamment: la Convention entre la république française et la république tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires du 28 juin 1972. La Tunisie est liée par des conventions similaires avec l'Allemagne, l'Espagne, La Belgique, La Bulgarie, L'Italie, La Pologne, Le Portugal, La Roumanie, La Suède, La Grèce, Maltes, La Norvège, La Roumanie... La Tunisie n'est liée d'aucune convention d'entraide judiciaire avec l'Angleterre.

Cette étude comparée ne portera que sur les sources internes de ces mécanismes procéduraux dans les trois systèmes comparés et sur leur mise en œuvre afin d'assurer l'objectif de coordination et de coopération internationale.

419. L'étude des règles liées aux effets des décisions étrangères des trois systèmes comparés montre que chaque ordre juridique a une conception particulière de la coopération internationale en matière de successions internationales: en droit tunisien (**Paragraphe premier**) il n'existe pas de dispositions spécifiques à la matière successorale. Le régime de reconnaissance et d'exécution des jugements en droit anglais est assez disparate (**Paragraphe deux**). Le Règlement européen consacre quelques dispositions spécifiques à la matière successorale (**Paragraphe trois**).

Paragraphe premier: La circulation des décisions internationales en droit tunisien

420. La circulation des décisions internationales est régie par le titre III du code de DIP portant le titre "*L'exequatur des jugements et arrêts de juridictions étrangères*" regroupant les articles de 11 à 18. Ce titre ne mentionne que la procédure d'exequatur, alors qu'il régit aussi le mécanisme de la reconnaissance. Le titre fait aussi référence aux jugements et arrêts des juridictions étrangères, alors que l'article 13 régit aussi les actes de l'état civil.

Afin de délimiter le champ d'application de ce titre, la doctrine opère une lecture globale du code pour déterminer la notion des décisions judiciaires¹¹³⁴: l'article premier du code de DIP énonce l'objet de ses dispositions dont "2- *les effets en Tunisie des décisions et jugements étrangers*". L'article 12 dispose que l'exequatur est accordée "*aux jugements et décisions gracieuses rendus par une autorité étrangère compétente*" et que la force probante est attribuée "*aux jugements et décisions gracieuses étrangères*". La doctrine en déduit un domaine

¹¹³⁴ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 184; S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien*, CPU 2017, p.49.

d'intervention étendu en affirmant que ce titre régit aussi les décisions non contentieuses émanant d'une juridiction ou même d'une "*autorité non judiciaire quelconque*"¹¹³⁵.

Dans ce cadre, l'étude portera sur les effets des décisions judiciaires (jugements, arrêts et tout autre acte émanant d'une autorité judiciaire). Les actes authentiques seront traités dans le cadre de la seconde section.

Trois effets sont prévus par le législateur tunisien pour les décisions étrangères: l'exequatur (I), la reconnaissance (II) et l'effet probatoire (III). Ces effets peuvent être anéantis par demande judiciaire (IV).

I- L'exequatur des décisions étrangères en droit tunisien

421. L'exequatur est une procédure judiciaire, une action introduite par la partie la plus diligente par laquelle elle demande de conférer la force exécutoire à un jugement étranger sur le territoire tunisien. Le jugement issu de cette procédure est rendu au nom de la République Tunisienne et porte l'ordre par le Président de la République Tunisienne de l'exécuter suivant la mention objet de l'article 253 CPCC¹¹³⁶.

Dans le cadre de cette demande, le rôle du juge tunisien se limite à un simple contrôle formel du jugement objet de la procédure d'exequatur¹¹³⁷. Le bien fondé de la décision étrangère ne doit pas être remis en cause. La procédure ne

¹¹³⁵ Ibidem.

¹¹³⁶ L'article 253 CPCC dispose que: "*Toute grosse de jugement porte en tête la mention suivante:*

"République Tunisienne,

Au nom du Peuple Tunisien, le tribunal de ... a rendu le jugement dont la teneur suit :..."

Et à la fin, la mention suivante :

"En conséquence, le Président de la République Tunisienne demande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt ou jugement à exécution, aux avocats généraux et aux procureurs de la République, d'y prêter assistance, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte pour réaliser l'exécution lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi le présent arrêt (ou jugement) a été signé "

¹¹³⁷ N. GARA, *Précis...*, précité, p. 115.

visé pas à annuler ou à confirmer le jugement, mais simplement à vérifier sa conformité avec les conditions formelles requises pour lui conférer la force exécutoire sur le territoire tunisien. Par conséquent, sera garantie la sécurité juridique ainsi que les attentes légitimes et les droits acquis par les parties au jugement étranger.

422. La Cour de cassation tunisienne¹¹³⁸ rappelle toujours l'interdiction faite au juge de se prononcer sur le fond du litige objet de la décision étrangère, car il ne s'agit pas d'un second recours. Cette condition s'impose pour éviter d'émettre des décisions contradictoires sur la même cause et entre les mêmes parties. La Cour régulatrice affirme qu'à travers l'exequatur le législateur tunisien entendait garantir aux particuliers le gain du temps ainsi que la simplification de la procédure et la réduction de son coût financier¹¹³⁹. "*L'exequatur est donc un aménagement qui permet de sauvegarder le monopole étatique de la contrainte tout en répondant aux besoins de la coopération internationale*"¹¹⁴⁰.

423. Les conditions d'exequatur sont prévues par l'article 11 du code de DIP. La formulation de cette disposition est particulière: elle témoigne de l'ouverture et du libéralisme du code tunisien du DIP ainsi que de sa vocation coordinatrice. L'article 11 dispose que: "*L'exequatur n'est pas accordé aux décisions judiciaires étrangères si: (...)*". Cette phraséologie permet de dégager un principe et des exceptions. Le principe est l'octroi de la force exécutoire aux jugements étrangers. Les exceptions sont limitativement énumérées dans les paragraphes qui suivent.

Le dernier paragraphe de l'article 11 nécessite d'être écarté dès le départ, car il ne se rapporte pas au droit international privé. Ce paragraphe dispose que: "*L'exequatur n'est accordé aux sentences arbitrales étrangères qu'aux conditions prévues à l'article 81 du code de l'arbitrage*". Les commentateurs du code de

¹¹³⁸ Cass. civ., n° 69522, du 04 janvier 1999, cité dans L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 238; dans le même sens: Cass. civ., n° 50867 du 29 mars 2018, publié sur le site officiel de la Cour de cassation tunisienne: <http://www.cassation.tn> (en langue arabe).

¹¹³⁹ Cass. civ., n° 69522, précité.

¹¹⁴⁰ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 186.

DIP considèrent que cette disposition est superflue. Elle n'a aucune raison d'être dans le code de DIP, d'autant plus que la matière arbitrale est régie par le code de l'arbitrage¹¹⁴¹.

424. Le premier cas de refus de l'exequatur se présente lorsque "*l'objet du litige relève de la compétence exclusive des tribunaux tunisiens*". Il s'agit des cas de compétence limitativement énoncés dans l'article 8 du code de DIP. Les jugements intervenant dans l'un des cas suivants se verront refuser la force exécutoire:

- l'action a pour objet l'attribution, l'acquisition, la perte, le retrait ou la déchéance de la nationalité tunisienne.

- l'action est relative à un immeuble situé en Tunisie.

- l'action est relative à une procédure collective ouverte en Tunisie, tel que le redressement des entreprises ou la faillite.

- l'action a pour objet la demande d'une mesure provisoire ou d'exécution sur le territoire tunisien et portant sur des biens qui y sont situés.

- Dans tous les cas où la compétence leur est attribuée en vertu d'un texte spécial.

Hormis ces cas, l'exequatur ne peut être refusé, sous réserve des autres cas de refus prévus dans les paragraphes suivants. Ainsi, le contrôle de la compétence ne s'effectue que dans les cas de la compétence exclusive à l'exclusion des cas de la compétence possible prévus par les articles de 3 à 7 du code de DIP, dont la matière successorale. Bien que certains auteurs considèrent que la succession portant sur des biens immeubles situés en Tunisie relève de la compétence exclusive des tribunaux tunisiens.

*"C'est incontestablement sur ce point qu'apparaît le caractère novateur du code"*¹¹⁴². Cette disposition a modifié la législation antérieure objet de l'article

¹¹⁴¹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 221.

318 du CPCC qui exigeait que le jugement soit rendu par l'autorité étrangère compétente. Cette disposition étant abrogée par la loi de promulgation du code de DIP, n'a pas été reprise par le législateur. Ce qui implique, que le tribunal tunisien ne doit pas contrôler la compétence internationale du juge étranger lorsqu'il est saisi de la demande d'exequatur. La force exécutoire peut donc être octroyée même si le jugement est rendu par une autorité étrangère incompétente¹¹⁴³. La doctrine approuve cette position qui trouve son fondement dans l'aptitude exclusive des tribunaux étrangers de se prononcer sur leur propre compétence¹¹⁴⁴. Le juge tunisien ne doit pas intervenir car il n'est pas le mieux placé de décider de la compétence internationale d'un for étranger. La doctrine estime donc que l'article 11 paragraphe 1er constitue une particularité distinguant le législateur tunisien des autres systèmes juridiques qui exigeaient le contrôle de la compétence étrangère par le juge du for¹¹⁴⁵. La limitation du champ de contrôle des décisions étrangères est un autre argument prouvant l'ouverture et le libéralisme du législateur au service de la coordination, la coopération et l'harmonisation en matière internationale¹¹⁴⁶.

L'application de l'article 11 paragraphe 1 doit être écartée par les dispositions contraires des conventions internationales d'entraide judiciaire conclues entre la Tunisie et les autres États (dont la France notamment). Ces conventions étant approuvées sont supérieures au code de DIP, celui-ci étant une loi ordinaire de l'ordre juridique tunisien¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 193.

¹¹⁴³ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *op. cit.*, p. 223.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹¹⁴⁷ L'article 15 de la Convention d'entraide judiciaire franco-tunisienne (précitée) dispose dans son article 15 que: "*En matière civile ou commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Tunisie sont reconnues de plein droit sur le territoire de l'autre État s'il est satisfait aux conditions suivantes:*

a) *La décision émane d'une juridiction compétente au sens de l'article 16 de la présente convention (...)*".

Certains auteurs envisagent la position contraire en estimant que "*le juge devra alors faire prévaloir les règles du droit interne plus favorables sur le droit conventionnel*"¹¹⁴⁸.

La doctrine tunisienne ajoute un autre cas élargissant le champ d'application du premier alinéa de l'article 11 qui est la fraude à la compétence internationale. C'est un principe général de droit qui doit s'appliquer même s'il n'est pas expressément prévu dans le code. On considère que l'exequatur doit être refusé pour empêcher d'introduire dans l'ordre juridique tunisien un jugement étranger rendu suite à une compétence frauduleuse¹¹⁴⁹. La fraude à la compétence ne peut être fondée sur le *forum shopping*: "*on ne peut en effet, reprocher à des justiciables d'user régulièrement des options que leur offre le droit*"¹¹⁵⁰.

En matière successorale, la fraude à la compétence peut se manifester par exemple lorsqu'un non musulman saisit un tribunal étranger pour éviter le risque de se voir refuser le droit d'hériter à cause de la disparité de culte¹¹⁵¹. La fraude peut avoir lieu aussi quand une héritière saisit un juge étranger pour éluder la règle successorale discriminatoire du droit tunisien.

Dans ces deux cas, une partie de la doctrine considère que la fraude à la compétence sera difficilement mise en œuvre. Le juge sera dans l'embarras de choix entre l'abandon de son droit substantiel ou le sacrifice des principes universels et constitutionnels d'égalité et de non discrimination. Cette doctrine doute "*qu'il puisse y avoir fraude quand l'artifice a pour but de soumettre le rapport de droit à une règle universelle qui est axiologiquement supérieure à la norme interne*"¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 194.

¹¹⁴⁹ N. GARA, *Précis...*, précité, p. 122.

¹¹⁵⁰ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 199.

¹¹⁵¹ Ce risque n'est pas le fait de la loi, car la disparité de culte n'est pas un motif légal pour évincer un héritier de la succession. Ce risque a pour cause l'hésitation jurisprudentielle persistante jusqu'à l'heure actuelle.

¹¹⁵² A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 200.

Cette position n'est pas facilement acceptable, car la pratique jurisprudentielle montre que certains juges sont encore attachés à d'autres principes qu'ils considèrent "*axiologiquement supérieures*" aux règles universelles, à savoir les principes de la *Chariâa* ou du *fiqh* musulman, tel est l'exemple des juges de la Cour d'appel de Tunis ayant statué sur l'affaire n°36737 du 26/6/2014 en considérant que: "*toute disposition obscure et ambiguë doit d'autant plus être interprétée en revenant à la source d'inspiration du législateur à savoir à la Chariâa ou le fiqh que la Constitution tunisienne, celle de 1959 comme la nouvelle de 2014, fait de l'Islam la religion de l'État*"¹¹⁵³. Ainsi, on peut bien imaginer le refus d'exequatur pour fraude à la compétence dans les cas précédemment cités.

425. Le deuxième cas de refus de l'exequatur se produit lorsque "*les tribunaux tunisiens ont déjà rendu une décision non susceptible de recours par les voies ordinaires sur le même objet, entre les mêmes parties et pour la même cause*".

C'est le cas de l'existence d'un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée préalablement à la décision étrangère. Cette situation rend inutile de soulever l'exception de litispendance puisque le jugement est déjà rendu¹¹⁵⁴. Le législateur n'exige pas que le jugement tunisien soit susceptible d'exécution¹¹⁵⁵. La seule condition est qu'il ne soit pas susceptible d'une voie de recours

¹¹⁵³ Arrêt cité dans: M. KRAIEM DRIDI, "La dimension religieuse dans la constitution tunisienne du 27 janvier 2014", *Revue française de droit constitutionnel*, 2021/3, n°127, p. 87. En l'espèce, des héritiers ont saisi le juge tunisien afin d'évincer de la succession le mari de la défunte qui n'était pas musulman. La Cour d'appel rappelle les dispositions de l'article 5 du CSP relatif aux empêchements du mariage, dans sa version arabe qui utilise le terme "*empêchements charaïques*" (la version française utilise l'expression "*empêchements prévus par la loi*") issu du terme *Chariâa* pour déclarer le mariage nul et priver le mari de l'héritage sur la base de la disparité de culte.

¹¹⁵⁴ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 224.

¹¹⁵⁵ Ibidem; A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 202: On donne l'exemple de la matière de divorce. En droit tunisien, le pourvoi en cassation a un effet suspensif de l'exécution sur l'arrêt de la Cour d'appel prononçant le divorce. Celui-ci ne peut donc être exécuté. Le juge tunisien refusera l'exequatur au jugement étranger lorsque l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu antérieurement à ce jugement, alors même qu'il n'est pas susceptible d'exécution. L'arrêt de la Cour d'appel n'est plus susceptible d'aucune voie de recours ordinaire.

ordinaire, c'est-à-dire non susceptible d'appel, celui-ci étant la seule voie de recours ordinaire en droit tunisien.

S'est posée en doctrine la question de la détermination du moment d'appréciation de l'antériorité du jugement tunisien. Est-ce au jour de l'introduction de la requête en exequatur ou bien au cours de la procédure? La majorité de la doctrine considère qu'il n'y a aucun empêchement à procéder à cette appréciation alors que la demande en exequatur est pendante devant le tribunal, tant qu'au cours de la procédure, le jugement tunisien a acquis l'autorité de la chose jugée antérieurement à la décision étrangère¹¹⁵⁶.

426. Le troisième cas de refus d'exequatur se manifeste lorsque "*La décision étrangère est contraire à l'ordre public au sens du droit international privé tunisien, ou a été rendue à la suite d'une procédure n'ayant pas préservé les droits de la défense*".

Cette disposition empêche de conférer la force exécutoire à la décision étrangère qui est contraire à l'ordre public international de fond ou à l'ordre public international procédural. La règle n'est pas nouvelle. Elle n'est que la réunion dans la même disposition des deux paragraphes 2 et 5 de l'ancien article 318 du CPCC (abrogé par la loi de la promulgation du code de DIP).

La décision étrangère sera dépourvue de tout effet sur le territoire tunisien si elle est contraire à l'ordre public international tunisien de fond, c'est-à-dire aux choix fondamentaux du législateur. Il s'agit donc de vérifier le contenu de la décision. Certains auteurs considèrent que la notion d'ordre public prévue par l'article 11 du code de DIP doit être entendue dans son effet atténué uniquement, car le but de la règle n'est pas d'empêcher la création d'une situation juridique en Tunisie, mais simplement de refuser qu'une situation préalablement constituée à l'étranger produise ses effets contraires à l'ordre public international sur le

¹¹⁵⁶ S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions...*, op. cit., p. 151; N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 124.

territoire tunisien¹¹⁵⁷. L'exclusion n'est faite que sur les "*conséquences concrètes de l'application de la décision étrangère en Tunisie*"¹¹⁵⁸. Par ailleurs, on admet que le refus d'exequatur peut être partiel ne se rattachant qu'aux parties du jugement contraires à l'ordre public. Les parties qui ne heurtent pas les choix fondamentaux du législateur tunisien seraient revêtues de la force exécutoire sur le territoire tunisien¹¹⁵⁹.

Ce cas s'est présenté dans plusieurs affaires concernant surtout la matière du statut personnel. L'exception de l'ordre public international a été invoquée contre les décisions de répudiation¹¹⁶⁰, contre les décisions d'octroi de la garde d'enfant à une mère non musulmane¹¹⁶¹, ou le refus d'exequatur d'un jugement étranger d'adoption qui ne satisfait pas aux conditions prévues par la loi de 1958 relative à l'adoption¹¹⁶². Dans ce dernier cas, le juge tunisien refusera certainement de conférer la force exécutoire au jugement d'adoption prononcé au profit d'un couple homosexuel vu sa contrariété à l'ordre public international tunisien. Même l'effet atténué ne pourra pas fonctionner dans cette situation.

S'agissant de l'ordre public international procédural, le législateur invoque la question spécifique de la contrariété aux droits de la défense. Les

¹¹⁵⁷ نور الدين الغزواني، "تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية و الإعراف بها في مجلة القانون الدولي الخاص"، دورة دراسية حول المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص يومي 4 و 5 ماي 2001، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، تونس 2002، ص. 269.

¹¹⁵⁸ A. MEZGHANI, op. cit., p. 203.

¹¹⁵⁹ نور الدين الغزواني، "تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية و الإعراف بها في مجلة القانون الدولي الخاص"، مذكور سابقاً، ص. 269.

¹¹⁶⁰ A. MEZGHANI, "Quelle tolérance pour les répudiations?", *Revue internationale de droit comparé*, 2006, n°58-1, p. 61-71; S. BEN ACHOUR, "L'ordre public face à la répudiation islamique", in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, Edition AB consulting 2006, p.43. Sur l'effet atténué de la répudiation: M. BEN JEMIA, "Répudiation islamique et l'effet atténué de l'ordre public", in *Le code tunisien de droit international privé deux ans après*, CPU, 2003, p. 129.

¹¹⁶¹ Il s'agit d'une position jurisprudentielle assez répandue: Cass. civ. n°2000 du 15 mai 1979, *Bull.* 1979, Partie 1, p. 227; Cass. civ., n° 14220 du 19 octobre 1985, *Bull.* 1985, Partie 2, p. 61; Cass. civ. n°69523 du 4 janvier 1999, *RJL*, n°1, Janvier 2002, p. 167; note M. GHAZOUANI, *RTD* 2001, p. 201; Cass. civ. n°7286 du 2 mars 2001, *RJL*, n°1, Janvier 2001, p. 183; note M. GHAZOUANI, *RTD* 2001, p. 201. Plus généralement sur la garde d'enfant: S. BEN ACHOUR, *Enfance disputée: les problèmes juridiques relatifs au droit de garde et de visite dans les relations franco-maghrébines*, CPU, 2004.

¹¹⁶² Loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption; N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 131.

commentateurs du code affirment que le contrôle du juge ne s'étend pas à la régularité de la procédure étrangère¹¹⁶³ mais uniquement au respect des droits de la défense: régularité de l'assignation devant le tribunal, assistance par un avocat ou autre représentant, respect du principe du contradictoire, etc. En application de cette disposition, la Cour de cassation tunisienne considère que la décision étrangère jugeant au-delà des demandes des parties contraire à l'ordre public international procédural tunisien¹¹⁶⁴.

427. Le quatrième cas de refus de l'exequatur en droit tunisien est prévu lorsque *"la décision étrangère a été annulée, ou son exécution suspendue conformément à la législation du pays où elle a été rendue, ou n'est pas encore exécutoire dans le pays où elle a été rendue"*.

Il s'agit d'une règle de bon sens: il est impossible de conférer la force exécutoire à un jugement qui ne peut être reconnu dans l'État du tribunal de sa délivrance¹¹⁶⁵. Il incombe donc à la partie la plus diligente d'apporter la preuve que la décision étrangère objet de la demande d'exequatur est exécutable sur le territoire étranger correspondant: notamment à travers la délivrance d'un certificat de non appel.

Le jugement exécutable n'est pas nécessairement un jugement définitif¹¹⁶⁶. Dans ce sens, la Cour de cassation a conféré l'exequatur à la décision étrangère en pension alimentaire malgré son caractère provisoire¹¹⁶⁷.

428. Le dernier cas de refus de l'exequatur survient si *"l'État où le jugement ou la décision a été rendue n'a pas respecté la règle de la réciprocité"*. Cette disposition est la reproduction de l'ancienne règle objet de l'article 319 du CPCC (abrogé par la loi de promulgation du code de DIP). Elle est justifiée par

¹¹⁶³ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 203.

¹¹⁶⁴ Cass. civ. n° 5251, du 12 octobre 2006, *Bull.* 2006, Partie des procédures civiles et commerciales, p. 45.

¹¹⁶⁵ TPI de Tunis, n° 72380 du 29 novembre 1982, *RTD*, 1984, p. 105, note H. KOTRANE.

¹¹⁶⁶ N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 134.

¹¹⁶⁷ Cass. civ. n°21460 du 27 mars 2003, cité dans: L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 260.

des considérations d'égalité entre les souverainetés: les jugements tunisiens doivent recevoir le même traitement que le droit tunisien réserve aux décisions étrangères dans leurs États d'origine. "*La règle de réciprocité intervient au sein des nouvelles solutions de manière négative, au titre d'une exception de défense*"¹¹⁶⁸.

Cette condition de la réciprocité est controversée: une partie de la doctrine l'approuve en soutenant qu'il s'agit d'une condition "*évidente*" car elle se rapporte à la souveraineté, à condition d'en apporter la preuve. Dans ce cas, il s'agit de prouver la condition négative: c'est-à-dire l'absence de la réciprocité¹¹⁶⁹. La preuve ne peut pas porter sur l'existence de réciprocité, car celle-ci est présumée tant que le principe édicté par l'article 11 est l'octroi de l'exequatur¹¹⁷⁰. C'est une présomption simple dont le rôle est simplement de déplacer la charge de la preuve du demandeur au défendeur¹¹⁷¹. Certains auteurs considèrent que "*cette inversion de la charge de la preuve n'est pas fortuite*"¹¹⁷² car elle marque le libéralisme du législateur.

En mettant en œuvre cette condition, la jurisprudence tunisienne précise que l'appréciation de la réciprocité doit s'effectuer par rapport à la loi de l'État d'origine de la décision étrangère et non pas par rapport à celle de l'État dont les parties sont nationales¹¹⁷³.

Cette condition de la réciprocité a été largement contestée par une partie de la doctrine tunisienne qualifiant son introduction au sein du code de DIP de

¹¹⁶⁸ S. BOSTANJI, "La notion de réciprocité dans les relations privées internationales (Réflexions à la lumière du nouveau code tunisien de droit international privé)", in *Le code tunisien de droit international privé, deux ans après*, CPU, 2003, p. 76.

¹¹⁶⁹ N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 135; S. BOSTANJI, "La notion de réciprocité...", précité, p. 76.

¹¹⁷⁰ S. BOSTANJI, "La notion de réciprocité...", précité, p. 76.

¹¹⁷¹ Ibidem.

¹¹⁷² Ibidem; M. BEN JEMIA, "L'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel", *RTD*, 2000, p. 155.

¹¹⁷³ Cass. civ., n°7286 du 2 mars 2001, *RJL*, n°1, Janvier 2001, p. 183; note M. GHAZUANI, *RTD*, 2001, p. 201.

"surprenante"¹¹⁷⁴, vu l'hostilité de la doctrine et l'absence d'application jurisprudentielle antérieurement au code¹¹⁷⁵. En outre, cette condition pourrait altérer les intérêts des justiciables ainsi que leurs droits acquis et attentes légitimes de la décision étrangère¹¹⁷⁶, car ce sont les particuliers qui seront sanctionnés et non pas l'État d'origine de la décision étrangère¹¹⁷⁷.

Cette dernière position ne peut qu'être approuvée, car elle ne sert qu'à entraver la circulation des décisions internationales. La coopération et la coordination entre les systèmes juridiques commandent la suppression de cette condition. Les rédacteurs de l'avant projet de modification du code de DIP semblent être sensibles à ces considérations de coopération et d'harmonie internationales, puisqu'ils ont supprimé la condition de réciprocité lors de l'octroi de l'exequatur.

II- La reconnaissance des décisions étrangères

429. Contrairement à l'exequatur, la reconnaissance (et la reconnaissance immédiate¹¹⁷⁸) ne vise pas à conférer à la décision étrangère un effet exécutoire¹¹⁷⁹, elle en est même indépendante¹¹⁸⁰.

Le législateur ne consacre pas expressément la reconnaissance comme effet général des décisions étrangères. Cependant, la doctrine tunisienne est

¹¹⁷⁴ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 204; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 226; S. BEN ACHOUR, "La réception des décisions...", précité, p. 159.

¹¹⁷⁵ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 204; bien qu'on note l'existence d'un arrêt mettant en œuvre la condition de la réciprocité: Cass. civ. n°7748 DU 8 avril 1971, *RJL*, n°6, Juin 1972, p. 41.

¹¹⁷⁶ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 204; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 227; S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions...*, précité, p. 159.

¹¹⁷⁷ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 205.

¹¹⁷⁸ S. MORJANE, "La reconnaissance immédiate des décisions étrangères en droit international privé", in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach Edition, 2020, p. 237.

¹¹⁷⁹ R. BARRATA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *RCADI*, 2011, Vol. 348, p. 283.

¹¹⁸⁰ D. ALEXANDRE, "Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1979, 1, p. 51-80.

unanime¹¹⁸¹ quant à l'admission de cet effet en droit tunisien en se basant sur les raisons suivantes: l'article 13¹¹⁸² du code de DIP se réfère à la reconnaissance immédiate des jugements¹¹⁸³ de l'état civil sans devoir passer par la procédure d'exequatur. Partant de cette disposition, on affirme que tous les jugements peuvent être reconnus s'ils répondent aux mêmes fondements de la reconnaissance des jugements de l'état civil¹¹⁸⁴: d'abord, "*la décision étrangère est invoquée sans donner lieu à une exécution sur les biens ou à une coercition sur les personnes*"¹¹⁸⁵. Il s'agit des décisions qui produisent directement leurs effets sans besoin de passer par la procédure de l'exequatur. Ensuite, la reconnaissance est un moyen de facilité et de bonne administration de la justice car elle permet d'alléger la procédure quand il n'y a aucun besoin de procéder à l'exequatur¹¹⁸⁶. En effet, la décision étrangère n'est pas toujours invoquée en vue d'être exécutée. Parfois elle a juste pour finalité de se prévaloir de certains droits acquis¹¹⁸⁷.

Certains auteurs donnent l'exemple de l'article 46 du code de DIP qui impose aux ressortissants des pays autorisant la polygamie de présenter un certificat de célibat lorsqu'ils veulent contracter un mariage avec une tunisienne en Tunisie. Ils admettent que l'intéressé "*peut présenter un jugement de divorce ou un acte homologuant la répudiation prononcée à l'étranger*"¹¹⁸⁸. D'un point de vue pratique, cet exemple nécessite d'être repensé. En effet, le jugement de divorce ou de répudiation ne suffit pas à lui seul d'attester de l'état d'une personne, dans la mesure où il peut faire l'objet d'une procédure d'appel

¹¹⁸¹ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 187, L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 273; N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 141, S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions...*, op. cit., p. 68.

¹¹⁸² L'article 13 du code de DIP dispose que: "*L'acte de l'état civil établi à l'étranger ainsi que les jugements définitifs d'état civil sont transcrits, sans requérir la procédure de l'exequatur, au registre de l'état civil de l'intéressé, à l'exception des jugements relatifs au statut personnel, et à condition d'en informer la partie intéressée*".

¹¹⁸³ Le terme utilisé par le législateur est "*transcrits*".

¹¹⁸⁴ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 273.

¹¹⁸⁵ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 188; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 273.

¹¹⁸⁶ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 274.

¹¹⁸⁷ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 187.

¹¹⁸⁸ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 189.

produisant son effet suspensif de l'exécution. En droit tunisien par exemple, le pourvoi en cassation contre une décision en appel de divorce a un effet suspensif¹¹⁸⁹. Le droit n'est donc pas encore acquis pour pouvoir s'en prévaloir: l'état de célibat n'est pas encore confirmé. Le certificat attestant de la liberté de l'intéressé de tout lien conjugal est le seul moyen qui doit être accepté pour pouvoir contracter un mariage en Tunisie. Cette position est appuyée par les termes même de l'article 46 du code, qui n'admet que le certificat de célibat comme moyen de preuve de cet état. Il ne prévoit pas la possibilité de se prévaloir d'un jugement de divorce par exemple. En outre, l'article 46 du code a pour but d'empêcher la création de situations contraires à l'ordre public international. Il ne peut donc être interprétée d'une manière large. Si le législateur exige une forme particulière d'un acte donné, il n'y a pas lieu à admettre d'autres possibilités pour ne pas ouvrir la porte à la fraude.

430. La reconnaissance est soumise aux mêmes conditions d'exequatur exigées dans l'article 11 du code de DIP¹¹⁹⁰. A cet égard, certains commentateurs du code affirment que l'examen de la conformité aux conditions de l'exequatur est une question préjudicielle qui impose au juge de sursoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal de première instance s'y prononce, celui-ci étant le seul tribunal compétent de statuer sur cette question préjudicielle aux termes de l'article 16 du code de DIP.¹¹⁹¹

Cet avis a été critiqué par une autre partie de la doctrine qui considère qu'il s'agit simplement d'une question préalable permettant l'examen de la conformité

¹¹⁸⁹ L'article 194 du CPCC paragraphe 1 dispose que: "*Le pourvoi en cassation ne suspend l'exécution de la décision attaquée que si cette décision a ordonné la destruction d'une pièce arguée de faux ou l'annulation de ses effets, si elle a prononcé un divorce ou constaté la nullité d'un mariage, (...)*".

¹¹⁹⁰ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 275.

¹¹⁹¹ M. BEN MOUSSA, op. cit., p. 160: selon l'auteur le tribunal compétent est celui désigné par l'article 16 du code de DIP disposant que: "*Les actions relatives à l'exequatur, à la non-reconnaissance ou à la déclaration d'inopposabilité des décisions et jugements étrangers sont introduites devant le tribunal de première instance du lieu du domicile de la partie contre laquelle la décision étrangère est invoquée. A défaut d'un domicile en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal de première instance de Tunis.*

Les actions relatives à la reconnaissance ou l'exequatur des sentences arbitrales sont introduites conformément aux dispositions de l'article 80 du code de l'arbitrage".

de la décision étrangère aux conditions de l'article 11 sans avoir besoin de sursoir à statuer. Cette position considère que l'article 16 du code de DIP n'attribue pas la compétence exclusive au tribunal de première instance de statuer sur les conditions de reconnaissance et d'exequatur. En outre, la position critiquée suppose que la partie qui se prévaut de la décision étrangère doit introduire une demande en exequatur, alors qu'il est inconcevable de faire supporter les parties une charge inutile lorsque l'exécution de la décision n'est pas demandée. D'ailleurs, c'est cette dernière position qui doit être retenue, car elle est la plus apte à tenir compte des impératifs de la coopération internationale, dans la mesure où elle allège la procédure, d'autant plus qu'elle est plus fondée juridiquement.

431. Reste à interpréter la disposition complexe objet de l'article 13 du code de DIP qui dispose ce qui suit: "*L'acte de l'état civil établi à l'étranger ainsi que les jugements définitifs d'état civil sont transcrits, sans requérir la procédure de l'exequatur, au registre de l'état civil de l'intéressé, à l'exception de jugements relatifs au statut personnel, et à condition d'en informer la partie intéressée*".

Cet article a été jugé par la doctrine comme étant le texte le plus ambigu¹¹⁹² de tout le code vu la manifeste contradiction entre sa première partie et son *in fine* qui lui prive de toute logique juridique¹¹⁹³: alors qu'il commence par admettre le principe de la reconnaissance directe de tous les actes et jugements de l'état civil, il conclut ses dispositions par excepter les décisions relatives au statut personnel.

C'est particulièrement la notion de "*statut personnel*" qui a suscité l'interrogation des députés lors des délibérations parlementaires du projet du code demandant que les contours de la notion soient délimités dans l'article puisqu'il

¹¹⁹² On ne peut pas être complètement d'accord devant l'ambiguïté des textes régissant la matière successorale.

¹¹⁹³ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 292.

s'agit de cas d'exclusion de la reconnaissance immédiate¹¹⁹⁴. La réponse du ministère de la justice était assez longue mais encore plus ambiguë en prévoyant que: " *Le législateur tunisien, la doctrine ainsi que la jurisprudence sont unanimes sur la notion de "statut personnel". Le législateur a utilisé ce concept dans plusieurs textes juridiques tel que la loi constitutionnelle n°45-97 du 27 octobre 1997 modifiant et complétant certaines dispositions de la constitution*¹¹⁹⁵ (...). Cette notion a été aussi introduite dans l'article 2 de la loi n°32 de 1988 portant organisation des partis politiques (...). Il y a aussi le code de statut personnel qui régit toutes les questions relatives à la matière (...). Par ailleurs, la doctrine définit le statut personnel comme étant toute question liée à la vie personnelle de l'individu en rapport avec la famille du jour de sa naissance jusqu'à sa mort, la dissipation de son patrimoine et le partage de sa succession"¹¹⁹⁶.

Ces propos explicatifs ne font qu'accroître les difficultés de l'interprétation de l'article 13 du code, car ils invoquent toutes les questions se rapportant à l'état de la personne laissant le doute sur l'étendue de cet article. On estime alors que le législateur a entendu garantir la reconnaissance immédiate uniquement aux actes de l'état civil à l'exclusion des décisions judiciaires portant sur les questions de statut personnel (comme le divorce, évidemment aussi la matière successorale) qui, elles, restent soumises à la procédure d'exequatur.

III- La force probante de la décision étrangère

432. Cet effet est l'objet de l'article 12 paragraphe 2 du code de DIP qui dispose que: "A défaut de contestation par l'une des parties et lorsque les conditions de l'exequatur sont remplies, le contenu des décisions contentieuses et

¹¹⁹⁴ Délibérations de la chambre des députés, n°6, du 02/11/1998, JORT, p. 246.

¹¹⁹⁵ La constitution de 1959.

¹¹⁹⁶ Le texte est originairement en arabe. La traduction n'est pas officielle et est faite pour les besoins de l'étude.

gracieuses étrangères aura une force probante devant les juridictions et les autorités administratives tunisiennes".

La question de la force probante des décisions étrangères n'est pas l'innovation du législateur de 1998, car elle est régie par l'article 443 du COC se rapportant aux actes authentiques et disposant dans son deuxième alinéa ce qui suit: "*Sont également authentiques: (...) 2- les jugements rendus par les tribunaux tunisiens et étrangers, en ce sens que ces derniers peuvent faire foi des faits qu'ils constatent, même avant d'avoir été rendus exécutoires*". De ce fait, les décisions judiciaires, qu'elles soient tunisiennes ou étrangères sont qualifiées d'actes authentiques en droit tunisien et ont donc une force probatoire absolue.

L'article 12 précise que cette force probatoire se rapporte au contenu et aux attendus de la décision et non pas à son énoncé. Ainsi, le juge du for pourra tenir compte par exemple de certains éléments du jugement étranger comme les déclarations des parties au cours de la procédure, dans leurs conclusions en demande ou en défense, ou bien prendre en considération ce que le juge étranger a pu constater au cours de la procédure¹¹⁹⁷.

Contrairement à l'article 443 du COC, l'article 12 soumet la force probante des décisions étrangères à deux conditions cumulatives: d'abord il faut qu'elles répondent aux conditions de l'article 11 du code de DIP régissant l'exequatur. Ensuite, il faut que ces décisions ne fassent pas l'objet de contestations entre les parties.

Une fois ces conditions réunies, le jugement étranger produira son effet probatoire non seulement à l'égard des autorités judiciaires mais aussi vis-à-vis des autorités administratives, qui seraient elles aussi appelées à vérifier la conformité aux conditions de l'article 11.

¹¹⁹⁷ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 272; N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 144.

IV- L'anéantissement des effets des décisions étrangères dans l'ordre tunisien

433. Une décision étrangère pourrait être dépourvue de ses effets juridiques dans l'ordre juridique tunisien à travers deux procédures: l'action en refus de reconnaissance (A) et l'action en inopposabilité (B) de la décision étrangère.

A- L'action en refus de reconnaissance de la décision étrangère

434. L'action en non reconnaissance est l'action par laquelle il est demandé de déclarer que la décision étrangère est dépourvue de tout effet juridique dans l'ordre juridique tunisien¹¹⁹⁸. Elle est régie par l'article 14 disposant que: "*La partie la plus diligente peut agir soit pour demander l'exequatur, soit pour requérir le refus de reconnaissance*"

C'est une demande qui incombe à la partie la plus diligente de l'introduire devant le juge compétent. Cette partie est généralement celle contre laquelle la décision étrangère a été rendue¹¹⁹⁹.

Il s'agit d'un recours visant à demander au juge compétent de prendre une position anticipée¹²⁰⁰ de la décision étrangère, sans attendre que la partie adverse introduise une demande en exequatur¹²⁰¹.

A travers cette action, l'intéressé attaque le jugement étranger en démontrant les anomalies juridiques l'entachant. S'il obtient gain de cause, et que la décision acquiert l'autorité de la chose jugée, l'action future en exequatur se

¹¹⁹⁸ N. GARA, *Précis...*, op. Cit., p. 146.

¹¹⁹⁹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 306.

¹²⁰⁰ N. GARA, *Précis...*, op. Cit., p. 145.

¹²⁰¹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 306.

vouera à l'échec dans la mesure où le juge a déjà pris une position défavorable contre le jugement¹²⁰².

La doctrine tunisienne s'accorde sur l'idée que même si l'article 14 ne renvoie pas aux cas de refus d'exequatur prévus par l'article 11 du code de DIP, les motifs de la partie la plus diligente pour requérir le refus de reconnaissance doivent correspondre à l'une des causes de rejet de la demande d'exequatur¹²⁰³.

Certains commentateurs¹²⁰⁴ du code de DIP affirment qu'une demande reconventionnelle en exequatur peut être introduite à l'occasion de la demande principale en refus de reconnaissance en application de l'article 227¹²⁰⁵ du code de procédure civile et commerciale. Dans ce cas, le juge statuera sur les deux demandes dans la même décision. Cette position a le mérite de l'économie de la procédure et de l'effectivité des jugements. Elle permet aussi d'éviter le risque de rendre des décisions contradictoires: l'une en refus de reconnaissance, l'autre en octroi de l'exequatur.

S'est posée aussi la question de savoir si la décision de rejet de la demande en refus de reconnaissance vaut octroi d'exequatur?

La doctrine est défavorable à la réponse par l'affirmative au motif que cet effet n'est pas expressément prévu par le législateur¹²⁰⁶. Par conséquent, il incombe à la partie la plus diligente de demander l'exequatur du jugement en application de l'article 14 du code de DIP.

¹²⁰² Ibidem.

¹²⁰³ N. GARA, *Précis...*, op. Cit., p. 146; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 306.

¹²⁰⁴ M. BEN MOUSSA, op. cit., p. 172; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 307.

¹²⁰⁵ L'article 227 du CPCC dispose que: "*Le droit de former une demande reconventionnelle appartient au défendeur. Elle peut être présentée jusqu'à la clôture de l'instruction; elle n'est recevable que si elle sert de défense à l'action principale, ou si elle tend à compensation ou à réparation du préjudice né du procès*".

¹²⁰⁶ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 307.

B- L'action en inopposabilité de la décision étrangère

435. L'action en inopposabilité de la décision étrangère est prévue par l'article 15 du code de DIP qui dispose que: "*Tout tiers intéressé peut demander la déclaration d'inopposabilité à son égard du jugement ou de la décision étrangère.*

L'inopposabilité sera déclarée si l'une des conditions requises pour l'exequatur fait défaut au jugement ou à la décision étrangère".

Cette action ne bénéficie pas à l'une des parties à la décision étrangère mais au tiers qui n'a pas participé à la procédure de laquelle est issue cette décision.

Cette demande nécessite la réunion de certaines conditions: la première est annoncée au premier paragraphe de l'article 15 et est liée à l'intérêt à agir au sens de l'article 19¹²⁰⁷ du CPCC¹²⁰⁸. La doctrine estime qu'il y a intérêt à agir lorsque le tiers arrive à prouver que la décision étrangère porte atteinte à ses droits¹²⁰⁹. C'est le cas par exemple, lorsque l'un des héritiers n'a pas été assigné à l'action successorale se trouvant ainsi privé de son droit à la succession.

La deuxième condition est prévue par le second paragraphe de l'article 15 qui renvoie à son tour à l'article 11 du code de DIP. En effet, l'inopposabilité n'est prononcée que si le jugement est entaché de l'un des cas de refus d'exequatur.

La doctrine considère que le soulèvement de certains cas de refus d'exequatur par le tiers lésé est discutable¹²¹⁰. Il s'agit des motifs de refus qui sont édictés pour la protection du défendeur à l'action: la violation des droits de la défense et l'exception de l'autorité de la chose jugée. C'est pourquoi on admet que les cas de refus qui ne se rapportent qu'aux intérêts particuliers des parties et qui ne concernent pas l'intérêt général ne sont pas susceptibles d'être invoqués par le

¹²⁰⁷ L'article 19 du CPCC dispose que: "*L'exercice de l'action appartient à toute personne ayant qualité et capacité pour faire valoir en justice ses droits.*

Le demandeur doit avoir un intérêt dans l'exercice de l'action (...)".

¹²⁰⁸ L. CHEDLY et M. GHAZIUANI, op. cit., p. 309.

¹²⁰⁹ Ibidem.

¹²¹⁰ Ibid., p. 310.

tiers dans le cadre d'une action en déclaration de l'inopposabilité d'une décision étrangère¹²¹¹.

Paragraphe deux: La circulation des décisions internationales en droit anglais

436. Pareillement au droit tunisien et au droit européen, le droit anglais distingue entre l'exécution (*enforcement*) et la reconnaissance (*recognition*)¹²¹². Cependant, le régime est complètement différent et assez compliqué.

On rappelle de prime abord, qu'après le Brexit, l'Angleterre ne fait plus partie de l'Union européenne et n'est donc plus liée aux règlements européens auxquels elle faisait partie. Toutes les dispositions du droit anglais qui renvoyaient à ces instruments européens ont été abrogés par le *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*¹²¹³. Des dispositions transitoires régissent les relations entre l'Angleterre et le Continent européen. Dans tous les cas, l'Angleterre n'a jamais fait partie au Règlement européen sur les successions internationales.

437. Une brève présentation du schéma des règles de la circulation des décisions étrangères en Angleterre s'impose. Contrairement au droit tunisien, le système anglais régissant les effets des décisions étrangères n'est pas généralisé à toutes les matières. Quand la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers est abordée, elle sous entend les matières civiles et commerciales qui sont soumises à plusieurs régimes dont l'application dépend de l'État duquel émane la décision étrangère¹²¹⁴. Toutes les autres matières ont des régimes spécifiques: divorce, propriété immobilière, propriété mobilière, trust, succession...

¹²¹¹ Ibidem.

¹²¹² J. O'BRIEN, op. cit., p. 261.

¹²¹³ SI 2019, No 479.

¹²¹⁴ A. BRIGGS, *Conflict of laws*, op. cit., p. 127 et suiv.; J. G. COLLIER, *Conflict of laws*, op. cit., p. 9.

438. Pour les successions internationales, on rappelle que le système anglais, qui est un système scissionniste, consacre le régime de la succession aux biens et distingue entre l'administration et la dévolution successorale. Pour ces deux dernières questions, il applique deux régimes différents de la compétence internationale, de la loi applicable ainsi que de la circulation des décisions¹²¹⁵.

439. Pour l'administration de la succession, se pose la question de la circulation des actes de *probate* étrangers qui désignent des administrateurs ou des exécuteurs testamentaires étrangers en vue de régir la succession existant sur le territoire anglais. Le *grant of probate* étranger n'a pas d'effet direct dans l'ordre juridique anglais. Un autre acte doit être demandé à la Cour anglaise compétente¹²¹⁶.

La règle générale est que le *personal representative* étranger du défunt qui souhaite le représenter en Angleterre doit obtenir un *grant* anglais et ne peut pas agir moyennant son acte étranger. Cette règle est une application du principe général selon lequel personne ne sera reconnu par les tribunaux anglais comme *personal representative* du défunt à moins et jusqu'à ce qu'il ait obtenu un acte anglais d'homologation ou une *letter of representation*. S'il s'immisce dans les biens du défunt, il encourt toutes les dettes mais aucun des privilèges du représentant¹²¹⁷.

Cette règle a été critiquée par la doctrine anglaise¹²¹⁸ car elle opère un traitement inégalitaire entre les administrateurs (ou exécuteurs) successoraux et les *trustees* (ou administrateurs) de la faillite. En effet, les actes de représentation (les *grants*) en matière de faillite sont directement exécutoires sur le territoire anglais. Cette règle a été justifiée par le fait qu'elle constitue le moyen le plus efficace pour garantir les intérêts des créanciers anglais¹²¹⁹.

¹²¹⁵ A. BRIGGS, *Conflict of laws*, op. cit., p. 301.

¹²¹⁶ *New York Brewries Co v AG* [1899] AC 62.

¹²¹⁷ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1407.

¹²¹⁸ A. BRIGGS, *Conflict of laws*, op. cit., p. 302.

¹²¹⁹ *Ibidem*.

La doctrine anglaise considère que ce raisonnement ne s'applique pas si le *personal representative* étranger agit, non pas au nom de la succession du défunt, mais au nom de ses ayants droit (par exemple, en vertu d'une loi sur la responsabilité délictuelle), car dans ce cas aucun créancier, anglais ou étranger, n'a droit aux éventuels dommages et intérêts¹²²⁰. Mais même dans ce cas, il semble qu'un *personal representative* étranger ne peut pas intenter une action en Angleterre à moins qu'il n'obtienne un *grant* anglais¹²²¹.

D'une manière générale, la *High Court* ne met pas en cause la personne désignée par un *grant* étranger, même si la majorité des biens successoraux sont situés sur le territoire anglais¹²²². Mais elle peut refuser d'accorder le *grant* si le demandeur est incompétent au regard du droit anglais, dans le cas où il s'agit un mineur par exemple¹²²³.

La collecte des biens à l'étranger par un *personal representative* en vertu d'un *grant* obtenu dans ce pays étranger est opposable au *personal representative* anglais¹²²⁴. Par conséquent, le *personal representative* tirant son pouvoir d'un *grant* anglais n'est pas responsable des biens qu'il a reçus en vertu d'un *grant* étranger¹²²⁵.

440. Aucune règle de droit anglais ne prévoit si le paiement d'une dette à un administrateur étranger peut constituer en faveur du débiteur du défunt une décharge valide et empêcher ainsi une action ultérieure devant un tribunal anglais par le *personal representative* anglais. La doctrine anglaise estime qu'un tel paiement, lorsqu'il est effectué en Angleterre par un résident anglais, ne peut guère constituer une décharge de paiement¹²²⁶.

Le débiteur du défunt résident en Angleterre n'est pas obligé de payer l'administrateur étranger car cette qualité ne lui permet pas de poursuivre la dette.

¹²²⁰ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1407.

¹²²¹ Ibidem.

¹²²² *Re Meatyard's Goods* [1903] P125.

¹²²³ *Re the Goods of the Duchess d'Orleans* (1859) 1 Sw & Tr 253.

¹²²⁴ *Currie v Bircham* (1822) 1 Dow & Ry KB 35; *Jauncy v Sealey* (1686) 1 Vern 397.

¹²²⁵ Ibidem.

¹²²⁶ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1408.

Mais le débiteur, du seul fait d'être en Angleterre, est passible à tout moment d'être poursuivi par l'administrateur anglais¹²²⁷. Les auteurs estiment que cette règle semble découler du principe incontestable selon lequel le statut d'un administrateur étranger n'est pas reconnu en Angleterre. L'effet d'un tel paiement lorsqu'il est effectué dans un pays étranger semble logiquement dépendre essentiellement du lieu de la dette¹²²⁸.

S'est posée aussi la question de savoir si le paiement au *personal representative* étranger suite à une mesure coercitive visant l'exécution d'un jugement pourrait constituer une décharge pour le débiteur de la succession. Bien qu'hésitante, la doctrine considère qu'une réponse par l'affirmative est la plus plausible¹²²⁹.

441. Le *personal representative* étranger ne peut être tenu responsable en Angleterre des biens détenus ou des actes accomplis par lui en sa qualité d'administrateur étranger¹²³⁰. Les auteurs anglais estiment que même un administrateur auxiliaire étranger ne peut, semble-t-il, être poursuivi par l'administrateur de domicile anglais du seul fait qu'il se trouve en Angleterre et qu'il contrôle le solde net des biens du défunt résultant d'une administration anglaise. Cela s'explique par le fait qu'il doit être responsable dans le pays où il a obtenu son *grant* et a été nommé administrateur et ne devrait donc pas être également responsable en Angleterre¹²³¹.

La doctrine anglaise considère que le seul moyen d'engager la responsabilité du *personal representative* étranger des biens qu'il a apportés en Angleterre serait à travers une procédure d'administration judiciaire¹²³². Dans ce cas, deux hypothèses se présentent:

¹²²⁷ Ibidem.

¹²²⁸ Ibidem.

¹²²⁹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1408.

¹²³⁰ *Currie v Bircham* (1822) 1 D. & R. 35.

¹²³¹ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1408.

¹²³² Ibidem.

Si les biens n'ont pas encore été assignés, l'administrateur étranger peut alors être tenu de les administrer sous le contrôle du tribunal anglais. Un *personal representative* anglais doit être partie à une telle action.

Si les fonds ont déjà été affectés, (en vue de payer des *trusts* par exemple), le *personal representative* étranger ou quiconque qui détient les fonds, les détiendra non pas en sa qualité d'administrateur, mais en tant que *trustee* des légataires. Ces derniers peuvent donc intenter une action en exécution des trusts en leur faveur sans que le *personal representative* anglais puisse y être constitué partie¹²³³.

La responsabilité du *personal representative* étranger peut également être engagée en Angleterre s'il se place volontairement dans une situation où il encourt des obligations en tant que débiteur ou *trustee*. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il conclut un contrat en Angleterre portant sur des biens de la succession. C'est le cas aussi, si l'administrateur étranger s'immisce dans les biens anglais du défunt, il se rendra responsable de son tort en tant qu'exécuteur¹²³⁴.

Paragraphe trois: Les effets des décisions étrangères dans le Règlement européen sur les successions

442. Les effets des décisions étrangères dans le Règlement européen sur les successions sont régis par le chapitre IV intitulé "*reconnaissance, force exécutoire et exécution des décisions*".

La particularité de ce chapitre est qu'il a une étendue strictement intracommunautaire. La coordination n'est envisagée que dans le cadre de l'espace européen et non pas avec les États tiers, tel est l'objectif énoncé dans le considérant 59 du Règlement¹²³⁵. Par conséquent, pour évaluer l'ouverture des

¹²³³ Ibid, p. 1410.

¹²³⁴ DICEY, MORRIS and COLLINS, op. cit., p. 1410.

¹²³⁵ Le considérant 59 prévoit que: "À la lumière de l'objectif général du présent règlement qui est la reconnaissance mutuelle des décisions rendues dans les États membres en matière de successions, indépendamment du fait que de telles décisions aient été rendues dans le cadre d'une procédure contentieuse ou gracieuse, le présent règlement devrait fixer des

États européens et leur vocation coopérative et coordinatrice à l'échelle internationale, ce sont leurs règles procédurales internes qu'il est utile de consulter.

Comme ce n'est pas l'objet de cette étude comparée, il est opportun de procéder à une appréciation générale de l'expérience européenne et en déduire les éléments qui serviront à une meilleure harmonisation entre les systèmes juridiques.

443. La question des effets juridiques des décisions étrangères a fait l'objet de plusieurs instruments précédents. Les commentateurs du Règlement ne s'étonnent pas que cette question, telle que régie par le texte européen sur les successions internationales qu'elle ne soit, "*pas la plus originale*"¹²³⁶. Le Règlement "*ne fait pour l'essentiel qu'appliquer à la matière des successions les règles du droit commun européen dégagées par la convention du 27 septembre 1968 et par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000*"¹²³⁷.

Sur le plan formel, les dispositions du chapitre IV reprennent des dispositions du règlement Bruxelles I. Certains auteurs relèvent l'inutilité de cette reprise en substance du texte de ce règlement en estimant que le législateur européen "*aurait sans doute pu faire l'économie de ces dispositions*"¹²³⁸.

444. Le Règlement précise le champ d'application matériel des règles régissant les effets des décisions étrangères en procédant à certaines définitions, dont la notion de "décision" qui sous entend "*toute décision en matière de successions rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la*

règles relatives à la reconnaissance, à la force exécutoire et à l'exécution des décisions qui soient semblables à celles d'autres instruments de l'Union adoptés dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile".

¹²³⁶ J. FOYER, "Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires", in *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de M. REVILLARD et G. KHAIRALLAH, Defrénois, Lextenso éditions, 2013, p.141; U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODESKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 12.

¹²³⁷ Ibidem.

¹²³⁸ S. GODECHOT-PATRIIS, "Le nouveau droit international", précité.

dénomination qui lui est donnée, y compris une décision concernant la fixation par le greffier du montant des frais du procès".

Cette définition est très extensive: même la décision de fixation des frais de procès est considérée comme étant une décision rendue en matière successorale. On doute que cette qualification puisse être admise en dehors de l'espace européen. En droit tunisien, une pareille décision engendrerait un simple droit de créance civile. Mais elle est soumise à la même procédure d'exequatur qu'une décision rendue en matière successorale, dans la mesure où le législateur ne la dote pas d'un régime particulier comme c'est le cas du droit européen ou anglais. D'ailleurs, on se demande quelle est l'opportunité de cette qualification de la décision par le Règlement?

Pareillement, en droit anglais, cette décision a l'effet d'une simple créance civile. Ayant l'objet d'une somme d'argent à payer, elle doit normalement être soumise au régime de la reconnaissance et de l'exécution en matière civile et commerciale¹²³⁹.

Une deuxième notion doit être aussi précisée qui est celle de "juridiction" et qui est aussi définie par l'article 3 paragraphe 2 en ces termes: "*toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent en vertu du droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions:*

a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité; et

¹²³⁹ J. G. COLLIER, op. cit., p. 109.

b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière".

Cette définition suscite deux remarques :

La première, est que le législateur européen a adopté une définition extensive de la notion de "*jurisdiction*". Celle-ci ne renferme pas uniquement les autorités judiciaires mais englobera désormais aussi, toute autre autorité et tout professionnel du droit intervenant en matière successorale tout en respectant les garanties exigées pour les décisions judiciaires. Le Règlement a aussi dissipé les incertitudes qui ont marqué la proposition du Règlement à propos de la qualité des notaires. La doctrine affirme qu'aux termes des considérants 20, 29 et 36, "*les notaires français ne sont pas concernés par les règles de compétence juridictionnelle*"¹²⁴⁰.

La deuxième, est que cette définition est venue répondre au constat fait dans l'exposé des motifs du Règlement selon lequel "*le plus souvent, les successions sont réglées hors tribunaux. Le concept de jurisdiction utilisé dans le présent règlement est pris au sens large et comprend d'autres autorités lorsque celles-ci exercent une fonction relevant de la compétence des juridictions, notamment par voie de délégation, ce qui inclut normalement les notaires et les greffiers*".

Cette définition a été critiquée par les commentateurs du code pour le manque de sa clarté¹²⁴¹ en affirmant qu'il faut entendre par jurisdiction l' "*organe non seulement agissant de façon indépendante au regard des autres organes de l'État, mais aussi se conformant à une procédure caractérisée par le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense*"¹²⁴².

445. En régissant les effets des décisions judiciaires étrangères, le règlement n'exclut pas la procédure d'exequatur à l'instar d'autres instruments

¹²⁴⁰ S. GODECHOT-PATRIS, " Le nouveau droit international privé des successions....", précité.

¹²⁴¹ J. FOYER, "Reconnaissance, acceptation et exécution...", précité, p. 145; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 174.

¹²⁴² Cass. civ. 1ère, R. 2001, 121, note: J. P. REMERY et H. MUIR-WATT.

européens¹²⁴³. Cette procédure est donc maintenue car on considère qu'il n'y a aucune urgence en matière successorale justifiant la dispense de l'exequatur¹²⁴⁴.

Pour certains auteurs, l'abolition de l'exequatur est un moyen de renforcement de l'efficacité de la circulation des décisions¹²⁴⁵. Cette affirmation ne peut se justifier que dans un cadre restreint comme celui de l'Union européenne, sous réserve des conventions internationales. Le règlement opère donc la distinction classique entre la reconnaissance et l'exécution.

L'exécution "*a lieu chaque fois que la partie condamnée par un juge étranger à fournir une prestation refuse de l'effectuer spontanément dans l'État de l'exécution*"¹²⁴⁶ (I). Alors que la reconnaissance "*a lieu chaque fois que le juge du for fonde la solution d'un litige sur une décision étrangère qui a déjà tranché (une ou bien toutes) les questions juridiques en jeu*"¹²⁴⁷ (II).

Ces deux notions, bien qu'européennes, font l'objet de définitions similaires et de régimes juridiques rapprochés.

I- Le régime européen de l'exécution des décisions étrangères

446. Le législateur européen se réfère à la force exécutoire dans l'article 43 du Règlement qui porte le même titre et qui dispose que: "*Les décisions rendues dans un État membre qui sont exécutoires dans cet État sont exécutoires dans un*

¹²⁴³ A l'instar du: Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (articles 41 et 42); Règlement (CE) No 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (article 20); Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (article 39).

¹²⁴⁴ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 12.

¹²⁴⁵ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 619.

¹²⁴⁶ Ibidem.

¹²⁴⁷ Ibid., p. 619.

autre État membre lorsque, à la demande de toute partie intéressée, elles y ont été déclarées exécutoires conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58".

Les commentateurs du Règlement précisent qu'il ne traite pas de l'exécution proprement dite¹²⁴⁸. En rappelant la définition de la force exécutoire qui est la qualité de la décision qui "*habilite les organes de contrainte de l'État du for à lui rendre main forte*"¹²⁴⁹, ils considèrent qu'elle reste tributaire du droit interne de chaque État et qu'elle est sous entendue par le Règlement comme une simple étape de l'exécution¹²⁵⁰.

La décision étrangère émanant d'un État membre n'est pas soumise au contrôle des cas de refus de l'exécution¹²⁵¹. Ces cas sont prévus par l'article 40 relatif aux motifs de non reconnaissance, qui, conformément à l'article 52¹²⁵² du Règlement, sont aussi applicables à la procédure de l'exécution. Il suffit de présenter à l'autorité compétente la déclaration de constatation de la force exécutoire objet de l'article 45¹²⁵³ du Règlement.

Les commentateurs du Règlement considèrent que l'obtention de ladite déclaration est aisée¹²⁵⁴ et ne nécessite pas de révision quant au fond¹²⁵⁵. Elle est cependant soumise à la condition que la décision soit exécutoire dans l'État

¹²⁴⁸ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 182.

¹²⁴⁹ P. MAYER, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", *RCADI*, t. 327, 2007, p. 319.

¹²⁵⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 618.

¹²⁵¹ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1628.

¹²⁵² Aux termes de l'article 52: "*La juridiction saisie d'un recours au titre de l'article 50 ou 51 ne peut refuser ou révoquer une déclaration constatant la force exécutoire que pour l'un des motifs prévus à l'article 40. Elle statue sans délai*".

¹²⁵³ L'article 45 du Règlement dispose que: "*1. La demande de déclaration constatant la force exécutoire est portée devant la juridiction ou à l'autorité compétente de l'État membre d'exécution dont cet État membre a communiqué le nom à la Commission conformément à l'article 78.*

2. La compétence territoriale est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ou par le lieu de l'exécution".

¹²⁵⁴ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 182.

¹²⁵⁵ Conformément à l'article 41 du Règlement qui prévoit que: "*En aucun cas, la décision rendue dans un État membre ne peut faire l'objet d'une révision quant au fond*".

d'origine: une règle qui se justifie pour les mêmes considérations prévues en droit tunisien. Pareillement aussi au système juridique tunisien, il n'est pas nécessaire que cette décision ait acquis l'autorité de la chose jugée: il n'est pas exigée qu'elle ne soit pas susceptible de recours en appel¹²⁵⁶.

447. En traitant du rapport entre le Règlement et les États tiers, les annotateurs du texte européen précisent que la décision émanant du tribunal d'un État non membre et qui a été rendue exécutoire dans l'un des États membres, ne peut pas l'être dans les autres États européens, car elle ne bénéficie pas du régime juridique de l'article 43, celui-ci étant d'une portée strictement intracommunautaire¹²⁵⁷. Dans ce cas, la décision émanant du tribunal d'un État tiers doit répondre aux conditions d'exécution prévues par la législation interne de chaque État membre dans lequel l'exécution est demandée.

II- Le régime européen de la reconnaissance des décisions étrangères

448. La reconnaissance est régie par l'article 39¹²⁵⁸ du Règlement: tout comme le droit tunisien, l'effet porte sur le contenu de la décision qui doit être incontestable entre les deux parties et ayant acquis l'autorité de la chose jugée. C'est aussi une reconnaissance de plein droit¹²⁵⁹, qui n'exige pas de procédure particulière¹²⁶⁰. Ainsi, "*en vertu de l'automatisme de la reconnaissance, la*

¹²⁵⁶ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 182.

¹²⁵⁷ Ibidem.

¹²⁵⁸ L'article 39 du Règlement dispose que: " 1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque à titre principal la reconnaissance d'une décision peut demander, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58, que la décision soit reconnue.

3. Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci est compétente pour en connaître".

¹²⁵⁹ M. GORE, R. DE GOURCY, op. cit., p. 1628.

¹²⁶⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 629.

décision produit ses effets dans les autres États membres au moment même où elle devient efficace dans l'État d'origine"¹²⁶¹.

Pareillement au droit tunisien, la demande de reconnaissance peut être introduite devant les juridictions de l'État membre à titre incident dans le cadre d'une demande principale. Dans ce cas, le juge saisi du procès est aussi compétent de statuer sur la demande incidente. La décision qui en découle n'a d'effet que dans le cadre de ce procès¹²⁶².

449. Le principe de la reconnaissance des décisions étrangères admet des exceptions, qui sont des cas de refus limitativement énumérés par l'article 40 du Règlement qui dispose que: "*Une décision rendue n'est pas reconnue:*

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée;

b) dans le cas où elle a été rendue par défaut, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une procédure entre les mêmes parties dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée;

d) si elle est inconciliable avec une décision, rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans une procédure ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée".

¹²⁶¹ Ibid., p. 630.

¹²⁶² A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 637.

En examinant les cas de refus de la reconnaissance, qui constituent aussi des cas de refus de l'exécution, il s'avère qu'ils sont identiques aux cas prévus par l'article 11 du code de DIP tunisien dans certaines de ses dispositions.

On remarque que la condition de la réciprocité n'est pas exigée: l'absence d'une telle condition est évidente car on se situe dans l'espace européen. De même pour le cas de la contrariété à une compétence exclusive.

Section deuxième: La circulation des actes étrangers dans les systèmes comparés

450. Le règlement successoral fait toujours intervenir des actes de natures différentes émanant de plusieurs autorités (tribunaux, notaires, autorités administratives habilitées...).

La coordination entre les systèmes juridiques implique la nécessité d'assurer la libre circulation des actes étrangers émanant des autorités habilitées à les délivrer vu qu'ils ont généralement un effet direct sur les intérêts et les attentes légitimes des parties les détenant.

On se propose alors d'étudier le régime juridique de la circulation des actes étrangers dans les trois systèmes comparés (**Paragraphe premier**) en accordant un intérêt particulier à l'innovation européenne relative au certificat successoral européen (le CSE pour ce qui suit) (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Le régime juridique de la circulation des actes étrangers dans les systèmes comparés

451. Avant de présenter les différents régimes juridiques de la circulation des actes dans les systèmes comparés (**II**), il faut tout d'abord délimiter leur champ d'intervention à travers la définition de la notion d'acte (**I**).

I- La notion d'acte dans les systèmes comparés

452. Pour définir la notion d'acte, on procédera à une étude comparée des trois systèmes.

En droit tunisien, cette notion n'a pas été définie par le législateur. L'article 13 du code de DIP, siège de la matière se contente de faire référence à "*l'acte d'état civil*".

En vue de définir la notion d'*acte* telle que prévue dans l'article 13, la doctrine tunisienne commence par la distinction entre l'*acte* et le *jugement*¹²⁶³. Elle se fonde en premier lieu, sur un critère organique se basant sur l'autorité de laquelle émane l'instrument en question. Elle admet ainsi que les jugements et arrêts sont les instruments issus des juridictions quel que soit l'ordre auquel elles appartiennent (judiciaire, administratif...) ¹²⁶⁴. Tandis que les actes sont l'œuvre d'une autorité administrative tels que les officiers de l'état civil¹²⁶⁵, auxquels doivent être ajoutés les actes émanant de certaines autorités habilitées sollicitées par les particuliers comme les notaires, le conservateur de la propriété foncière, le registre national des entreprises¹²⁶⁶...

Il peut s'agir aussi d'actes non contentieux émanant d'une autorité judiciaire comme c'est le cas par exemple en droit tunisien, de l'acte de notoriété de décès qui est établi par le juge cantonal après avoir reçu les déclarations des témoins¹²⁶⁷. La jurisprudence tunisienne insiste sur la nature gracieuse de cet acte et qu'il ne peut être qualifié de jugement du seul fait qu'il émane d'une autorité judiciaire. Il n'est d'ailleurs pas susceptible de recours en appel¹²⁶⁸.

¹²⁶³ Ibid., p. 293.

¹²⁶⁴ Ibidem.

¹²⁶⁵ Ibidem.

¹²⁶⁶ A. MEZGHANI, op. cit., p. 185.

¹²⁶⁷ Ibidem.

¹²⁶⁸ Cass. civ., n° 26202, du 20 juin 2019, publié sur le site officiel de la Cour de cassation tunisienne (en arabe), <http://www.cassation.tn>.

"إقامة الحجج و ما يترتب عنها من الأعمال الولائية لقاضي الناحية لا تكتسي صبغة الحكم و لا وصف الحكم و ليست تبعا لذلك من الأحكام الصادرة عن محكمة البداية و القابلة للإستئناف لدى المحكمة الابتدائية باعتبار طبيعة إقامة حجج الوفاة و إصلاحها و طبيعة الإختصاص الإداري المسند لحاكم الناحية".

Le deuxième critère servant à définir l'acte est un critère matériel se rapportant à son objet. L'article 13 du code de DIP utilise le terme "*acte de l'état civil*": un terme général qui englobe toutes les questions relatives à l'état civil de la personne depuis sa naissance jusqu'à son décès en passant par sa situation matrimoniale¹²⁶⁹.

453. La doctrine considère que le champ d'application du titre III¹²⁷⁰ doit être étendu et ne peut se limiter aux questions nommément prévues dans son intitulé qui n'est pas conforme au contenu de ses dispositions¹²⁷¹.

Le Règlement européen a précisé le champ d'application de ses dispositions qui englobent les actes authentiques et les transactions judiciaires.

454. Pareillement à la doctrine tunisienne, la doctrine française définit l'acte authentique à partir du critère organique. Ainsi, "*l'acte authentique relève d'abord de ce que l'on appelle l'administration publique du droit privé. Celle-ci implique, à première vue, une instrumentation qui repose sur divers organes dotés de fonctions spécifiques dont l'activité juridique est tributaire de l'ordre qui les a institués*"¹²⁷².

L'acte authentique est défini par l'article 3 paragraphe 1 point i) comme étant "*un acte en matière de succession dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans un État membre et dont l'authenticité:*

- *porte sur la signature et le contenu de l'acte authentique;*

- *et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire par l'État membre d'origine.* "

¹²⁶⁹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 293.

¹²⁷⁰ On le rappelle porte le titre suivant: "*L'exequatur des jugements et arrêts de juridictions étrangers*".

¹²⁷¹ A. MEZGHANI, op. cit., p. 185.

¹²⁷² M. GORE, "L'acte authentique en droit international privé", in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 14ème année, 1998-2000. 2001, p. 23.

Cette définition fait référence à une autre notion qui est celle de l'État membre d'origine, également définie par le Règlement dans le même article 3 paragraphe 1 point e)¹²⁷³.

Les commentateurs du Règlement estiment que la généralité des termes de la définition objet de l'article 3 conduit à élargir le champ du texte européen eu égard à la grande diversité de ces actes à l'échelle interne et internationale¹²⁷⁴: "*diversité des instruments en premier: acte notarié, actes de l'état civil, transaction judiciaire, procès verbaux de tout genre...Diversité matérielle, en deuxième lieu: la liste est longue...droit patrimonial de la famille: donation, testament authentique ou acte de suscription des testaments mystiques...Diversité fonctionnelle en troisième lieu. Tantôt, l'acte authentique est exigé comme une condition de validité de l'acte, le plus souvent dans l'intérêt des parties...Enfin et non des moindres, l'exigence d'un acte authentique peut être requise à des fins purement substantielles*"¹²⁷⁵. En matière successorale, les annotateurs du Règlement en donnent les exemples suivants: le testament authentique, le testament mystique, le procès verbal de publication du testament olographe et du testament mystique, l'acceptation pure et simple de la succession ou avec bénéfice d'inventaire, la renonciation à la succession, le contrat de partage¹²⁷⁶ ...

Les éléments prévus par le Règlement attestant de l'authenticité de l'acte rappellent la définition du législateur tunisien de l'acte authentique¹²⁷⁷ objet de l'article 442 du COC qui dispose que: "*L'acte authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*".

¹²⁷³ L'État d'origine est défini comme étant "*l'État membre dans lequel, selon le cas, la décision a été rendue, la transaction judiciaire approuvée ou conclue, l'acte authentique établi ou le certificat successoral européen délivré*".

¹²⁷⁴ J. FOYER, "Reconnaissance, acceptation...", précité, p. 151.

¹²⁷⁵ M. GORE, "L'acte authentique en droit international privé", article précité, p. 23.

¹²⁷⁶ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 206.

¹²⁷⁷ Le législateur tunisien s'y réfère aussi par l'expression "titre authentique".

Cette similitude des notions s'explique par la similitude des sources du droit tunisien, qui est inspiré par plusieurs systèmes législatifs européens dont le droit français et allemand.

455. Les systèmes de *common law* ignorent la notion d'acte authentique telle que définie dans les systèmes de droit civil. En droit anglais, l'activité notariale est départagée entre plusieurs professionnels qui octroient plusieurs types d'actes. Le premier type est relatif aux actes du *scrivener notary* ("le notaire écrivain")¹²⁷⁸. C'est un officier public qui dresse et authentifie des contrats et des actes notariés portant sur des droits et des obligations et destinés à circuler en dehors du Royaume Uni¹²⁷⁹. Il a l'obligation professionnelle d'attirer l'attention des parties sur la gravité de leur engagement. Certains auteurs estiment que sa fonction s'approche de celle des notaires des pays de *civil law*¹²⁸⁰. Mais le *scrivener notary* n'est ni nommé par l'État, ni le délégué d'une autorité publique. Son activité n'est pas tarifée et peut aussi exercer la profession de *solicitor*. C'est pourquoi on s'est posé la question de savoir si les actes du "notaire -écrivain" peut équivaloir un acte authentique?¹²⁸¹

Une première partie de la doctrine semble adopter la réponse affirmative. Elle estime que ce qu'il faut prendre en considération est "*la fonction de l'autorité dans l'établissement de l'acte et non (...) la qualification de l'acte dans l'ordre juridique étranger*"¹²⁸². En effet, l'intervention du *scrivener notary* assure les garanties exigées liées au parallélisme des formes, à la sécurité des registres et à la connaissance des parties de la gravité de leurs actes¹²⁸³.

Une deuxième partie de la doctrine s'est demandée sur l'opportunité de recourir au mécanisme de l'équivalence pour admettre les actes du *scrivener*

¹²⁷⁸ M. GORE, "L'acte authentique...", précité, p. 27.

¹²⁷⁹ Ibid., pp. 27-28.

¹²⁸⁰ J. C. REGA et O. LECOMTE, "Rédiger: l'acte notarié français dans un contexte international", in: *L'international: qualifier. rattacher. authentifier, 115ème congrès des notaires de France*, Bruxelles, 2 au 5 juin 2019, p. 518.

¹²⁸¹ Ibidem.

¹²⁸² M. GORE, "L'acte authentique...", précité, p.28.

¹²⁸³ Ibidem.

notary dans l'ordre juridique français. "Il s'agit de dépasser les différences apparentes entre les institutions pour constater l'existence de similitudes substantielles"¹²⁸⁴. "L'équivalence repose donc sur un jugement comparatif, marque d'une certaine fongibilité entre les institutions; c'est par conséquent en termes d'analogie qu'il convient ici de raisonner"¹²⁸⁵. L'acte du *scrivener notary* respecte-t-il donc les exigences de l'ordre du for? On estime que la différence conceptuelle entre le droit anglais et le droit français met en doute la possibilité d'équivalence¹²⁸⁶. Ce raisonnement est aussi valable à l'échelle européenne et dans le cadre du Règlement sur les successions précisément.

Le deuxième type d'actes est celui émanant des *notary public*. Ceux-ci exercent des activités de conseil juridique (*solicitors*) comme l'administration des successions et la rédaction d'actes translatifs¹²⁸⁷. Leurs obligations professionnelles est de "s'assurer que les personnes qui paraissent devant eux sont correctement identifiées, leurs capacité et compétence étant vérifiées et leur compréhension et libre arbitre constatés"¹²⁸⁸. Mais ils ne participent pas à l'élaboration de l'acte et n'ont aucune obligation de conseil¹²⁸⁹.

S'est posée à la jurisprudence la question de savoir si l'apostille d'un *notary public* australien peut être équivalente à un acte authentique¹²⁹⁰. En l'espèce, une banque a consenti à un débiteur un découvert en compte garanti par une hypothèque inscrite sur un bien indivis, en pleine propriété, entre l'emprunteur et ses enfants, lesquels se sont portés cautions solidaires et hypothécaires du remboursement du prêt. Lors de la signature de l'acte, l'une des cautions hypothécaires était représentée par son frère en vertu des pouvoirs

¹²⁸⁴ S. GODECHOT-PATRIS, "Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes", *RCDIP*, 2010/2 N°2, p. 275.

¹²⁸⁵ *Ibidem*.

¹²⁸⁶ J. C. REGA et O. LECOMTE, "Rédiger...", précité, p. 519.

¹²⁸⁷ *Ibidem*.

¹²⁸⁸ M. LIGHTWOLER, "Les notaires en Angleterre et au Pays de Galles", *JCP* N17, Novembre 2017, n°46, 1308, p.28, n°15.

¹²⁸⁹ E. FONGARO, "Acte authentique-signature-procuration-acte passé à l'étranger", *JDI*, Janvier 2017, n°1, 3, p.14.

¹²⁹⁰ Cass. 1ère, 14 avril 2016, n° 15-18.157; note S. GODECHOT PATRIS, "L'apostille du *notary public* ne fait pas de l'acte un acte authentique", *RCDIP*, 2017/1, N°1, pp. 55 à 63.

qu'elle lui avait conférés suivant procuration reçue par un *notary public* australien. Lorsque la banque a engagé une procédure de saisie immobilière sur le fondement de l'acte de prêt, la caution solidaire a soutenu que la procuration établie par le *notary public* ne pouvait pas valoir comme un acte authentique car elle ignorait la portée de son engagement. Le *notary public* qui ne parlait pas le français, ne lui avait donné aucune explication, ne lui avait donné aucune lecture de l'acte et ne l'a pas interrogée sur les conséquences bien comprises de son engagement. L'apostille figurant sur l'acte ne faisait qu'attester de sa signature.

La cour de cassation française avait donc considéré ce qui suit: "*Et attendu, ensuite, que la Cour d'appel, en considération de la traduction du certificat dressé par le notary public australien et après avoir constaté qu'il avait simplement apostillé la procuration à l'effet de constituer l'hypothèque, reçue du notaire français, en a exactement déduit que cet arrêt ne revêtait pas les solennités requises en France pour un acte authentique, dès lors que la forme suivie n'était pas équivalente à celle du droit français quant à la protection de la caution hypothécaire*".

Cet arrêt constitue l'un des exemples de la jurisprudence ayant mis en œuvre la théorie de l'équivalence. En commentant cet article, la doctrine évoque l'importance de ce mécanisme pour assurer la coordination. Elle considère que "*l'interprète doit se livrer à un jugement d'équivalence entre l'institution du présumé de la règle du for et l'institution litigieuse. A cet effet, il ne s'agit pas d'exiger de lui qu'il établisse une identité entre les institutions en concours mais une simple analogie entre elles, à défaut de quoi la coordination des systèmes serait rapidement prise en défaut*"¹²⁹¹.

Un troisième acte peut intervenir en droit anglais: celui émanant du *solicitor*. Celui-ci est un professionnel exerçant l'activité du conseil juridique et de rédaction d'actes. Il est en contact direct avec les clients et leur lit les actes,

¹²⁹¹ S. GODECHOT PATRIS, "L'apostille du *notary public*...", note précitée, p. 61.

mais sans y conférer une date certaine et sans certification ni de l'identité des parties, ni de leur signature¹²⁹².

S'est donc posée la question de savoir, si l'acte issu de la combinaison entre la profession de *scrivener notary* ou *public notary* et celle de *solicitor* pourrait équivaloir un acte authentique?¹²⁹³ Les auteurs rappellent que dans ce cas, le *solicitor* lit l'acte, vérifie la parfaite compréhension des parties des conséquences juridiques de leur engagement. Le *notary public* atteste de l'identité des parties, de leur signature et de la date de l'acte¹²⁹⁴.

La doctrine a été départagée entre deux positions. La première répond par l'affirmative vu la réunion de toutes les exigences de l'acte authentique¹²⁹⁵. La deuxième position semble douter de cette possibilité vu que le notariat de type latin réunit toutes ces fonctions entre les mains d'une seule personne, d'où on ne peut pas admettre qu'il s'agit d'un "*acte authentique au sens propre*"¹²⁹⁶.

456. Les exigences prévues par la jurisprudence et la doctrine relatives à la validité et à la qualification de l'acte authentique rappellent celles consacrées par le législateur tunisien, notamment pour les actes des huissiers notaires¹²⁹⁷. Ce rapprochement ou cette "équivalence" entre le droit tunisien et le droit européen

¹²⁹² J. C. REGA et O. LECOMTE, "Rédiger...", précité, p. 520.

¹²⁹³ Ibidem.

¹²⁹⁴ Ibidem.

¹²⁹⁵ M. FARGE et F. HEBERT, "caractère authentique de la procuration reçue par un *notary public* australien?", *JCP N*, 1er juillet 2016, n°26, 1209, p.24.

¹²⁹⁶ J. C. REGA et O. LECOMTE, "Rédiger...", précité, p. 520.

¹²⁹⁷ L'activité des huissiers notaires est régie en Tunisie par la loi n°60-94 du 23 mai 1994 portant organisation de la profession de notaires. L'article 21 de la loi de 1994 dispose que: "*Le notaire est tenu de consigner, en présence des parties et séance tenante, les engagements pris par eux sur son registre-brouillard. L'inscription des dires des parties, quoique sommaire doit comprendre tous les éléments essentiels de l'acte qui sera rédigé ultérieurement sur le registre-minute*".

L'article 22 de la loi de 1994 dispose que: "*Le notaire qui n'a pas procédé à la rédaction donnera lecture de l'intégralité du brouillard faite sur le registre-brouillard aux parties qui doivent signer avec lui sur le registre-brouillard, il doit faire mention en fin de l'acte, avant de signer, de la lecture à haute voix aux parties en présence du notaire assesseur. La personne illettrée ou qui ne peut signer, appose son empreinte digitale, le notaire écrit au-dessous de chaque empreinte le nom de l'intéressé.*

Le défaut de signature ou d'empreinte digitale sur le registre-brouillard entraîne la nullité de l'acte d'une manière irrévocable si les mêmes signatures ou empreintes ne figurent pas également sur le registre-minute".

ne porte pas uniquement sur la notion de l'acte authentique mais aussi sur celle de la transaction judiciaire.

Pour la transaction judiciaire, celle-ci est entendue comme étant: "*une transaction en matière de successions approuvée par une juridiction ou conclue devant une juridiction au cours d'une procédure*"¹²⁹⁸.

La jurisprudence européenne distingue entre la transaction judiciaire et la décision en affirmant que: "*La notion de "décision" définie à l'article 25 de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale vise, pour les besoins de l'application des différentes dispositions de la convention dans lesquelles ce terme est utilisé, uniquement les décisions de justice effectivement rendues par une juridiction d'un État contractant, statuant de sa propre autorité sur des points litigieux entre les parties. Tel n'est pas le cas d'une transaction, même intervenue devant un juge d'un État contractant et mettant fin à un litige, car les transactions judiciaires revêtent un caractère essentiellement contractuel, en ce sens que leur contenu dépend avant tout de la volonté des parties*"¹²⁹⁹.

Ces définitions de la jurisprudence et du Règlement européens rappelle la notion de transaction au sens de l'article 1458 du code tunisien des obligations et des contrats qui la définit comme étant: "*un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie*".

Cette définition du droit tunisien étant générale, s'applique à toutes les contestations civiles et commerciales. Elle s'applique donc à la matière successorale. En effet, cette possibilité est expressément prévue par le législateur tunisien dans l'article 1465 du COC qui dispose que: "*On peut transiger sur les droits héréditaires déjà acquis moyennant une somme inférieure à la portion*

¹²⁹⁸ L'article 3 paragraphe 1 point h.

¹²⁹⁹ CJCE (6ème chambre), du 2 juin 1994, Affaire C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH contre Emilio Boch*.

légitime établie par la loi, pourvu que les parties connaissent la quotité de la succession". Deux remarques découlent de cette disposition: la première constatation est que toutes les règles successorales prévues par le code du statut personnel, y compris celles relatives à l'inégalité successorale, ne sont pas d'ordre public, ni interne ni international, puisque le législateur a expressément prévu la possibilité d'y déroger. Cette possibilité n'est pas l'innovation du droit positif et ne déroge pas aux règles successorales telles que prévues dans la loi coranique, se voulant une loi juste et équitable. Comme tout texte religieux, le Coran peut subir toute sorte d'interprétation, sinon toute sorte de déformation, au service de certains intérêts politiques ou pour satisfaire aux citoyens d'une société patriarcale.

La deuxième remarque est que la transaction dans ce cas peut revêtir deux formes: soit celle d'un simple contrat de partage de la succession à l'amiable entre les héritiers, soit d'un contrat judiciaire conclu en cours de procédure visant au règlement d'une succession, mettant ainsi fin au litige successoral¹³⁰⁰. Dans ce dernier cas, la jurisprudence tunisienne affirme que le rôle du tribunal se limite à la constatation et l'approbation du contrat de transaction. De ce fait, la transaction n'est pas une décision ayant la force exécutoire mais un contrat obéissant à la règle de *pacta sunt servanda*¹³⁰¹.

Ainsi, une transaction judiciaire au sens du Règlement se rapproche de celle admise en droit tunisien. On peut donc affirmer que ce rapprochement est

¹³⁰⁰ L'article 1467 du COC dispose que: "*La transaction a pour effet d'éteindre définitivement les droits et les prétentions qui ont été l'objet du contrat et d'assurer à chacune des parties la propriété des choses qui lui ont été livrées et des droits qui lui ont été reconnus par l'autre partie. La transaction sur une dette, moyennant une partie de la somme due, vaut remise du reste et produit la libération du débiteur.*

La transaction ne peut être révoquée, même du consentement des parties, à moins qu'elle n'eût eu simplement la nature d'un contrat commutatif."

¹³⁰¹ Cass. civ., n° 51056 du 12/03/1998, Bull. n°2, 1998, p. 109.

"يؤخذ من الفصل 1458 من مجلة الإلتزامات والعقود أن الصلح عقد يحسم النزاع بين الطرفين ويترتب عنه سقوط الحقوق والدعاوى التي إنعقد الصلح عليها ولا يقبل الرجوع فيه والحكم الصادر في هذا الشأن هو مجرد مصادقة من المحكمة على الإتفاق الحاصل بين الخصوم في موضوع القضية وبما أنه لم يبيت في الخلاف المنشور لديها فإنه لا تكون له قوة التنفيذ المسندة للأحكام الحاسمة للخلاف وإنما له قوة العقد الرابط بين الطرفين."

en faveur de la coopération internationale et de la libre circulation de ces actes dans les deux ordres européens et tunisien.

II- Présentation comparée des régimes juridiques de la circulation des actes étrangers

457. Les régimes juridiques de la circulation des actes étrangers diffèrent d'un système à l'autre. Comme pour la circulation des décisions étrangères, le législateur tunisien ne prévoit pas un cadre juridique spécifique à la matière successorale (**A**). Le système anglais ne reconnaît pas d'effets aux actes non judiciaires (**B**). Le Règlement européen prévoit un dispositif juridique spécialement dédié aux actes intervenant en matière successorale (**C**).

A- Le régime juridique de la circulation des actes en droit tunisien

458. Ce régime juridique ressort de l'unique disposition de l'article 13 du code de DIP précité. Cet article dispense les actes d'état civil étrangers de la procédure d'exequatur. La doctrine en présente deux justifications¹³⁰²: la première est relative à l'objet de l'acte d'état civil qui se limite à la constatation d'un fait (naissance, décès) ou d'une situation juridique (mariage, dissolution du mariage). Dans ces exemples, l'officier de l'état civil ne se prononce pas sur le fond de la question, il se contente de la simple transcription d'un acte préexistant¹³⁰³.

Cette disposition se justifie aussi par le fait que la demande en exequatur admet la possibilité de recours au pouvoir de coercition en vue d'obliger la partie adverse à honorer l'obligation légale découlant de la décision¹³⁰⁴. Alors qu'un acte ne donne jamais lieu à une telle éventualité, car il ne contient aucune obligation de faire ou de ne pas faire.

¹³⁰² L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 203.

¹³⁰³ Ibidem.

¹³⁰⁴ Ibidem.

D'après l'article 13 du code, la reconnaissance immédiate de l'acte étranger s'effectue par sa transcription sur les registres de l'état civil impliquant ainsi modification de l'état de la personne. En matière successorale, on cite deux actes: l'acte de décès étranger, qui en application de l'article 13 est directement transcrit sur le registre de l'état civil. On cite aussi l'acte de notoriété de décès étranger. S'est posée la question de savoir si les actes de notoriété de décès des étrangers laissant des biens sur le territoire tunisien sont susceptibles de reconnaissance immédiate par l'administration foncière et de transcription directe sur le registre foncier? Pour répondre à cette question, une partie de la doctrine tunisienne¹³⁰⁵ prévoit deux hypothèses: si on qualifie les actes de notoriété de décès d'actes d'état civil, ils seront donc susceptibles de reconnaissance immédiate par leur transcription sur le registre foncier conformément à l'article 13 du code de DIP. Dans ce cas, la doctrine rappelle la pratique de l'administration foncière tunisienne, qui exige que l'acte de notoriété étranger soit accompagné d'un certificat de coutume prouvant la loi étrangère applicable. Par contre, si on qualifie ces actes de décisions gracieuses, dans ce cas, les actes de notoriété de décès ne sont pas susceptibles de reconnaissance immédiate et doivent obligatoirement être soumis à la procédure d'exequatur et répondre aux conditions prévues par l'article 11 du code de DIP¹³⁰⁶.

Cette dernière position ne peut pas être avalisée, dans la mesure où l'acte de notoriété de décès ne peut pas être qualifié de décision, ni gracieuse, ni contentieuse. Il ne peut donc pas être soumis à la procédure d'exequatur, tel qu'affirmé par la jurisprudence¹³⁰⁷ et par une autre partie de la doctrine¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية و قانون التحيين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة ثالثة، تونس 2015، ص. 845.
¹³⁰⁶ نفس المرجع.

¹³⁰⁷ Cass. civ., n° 26202, précité.

¹³⁰⁸ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, précité, p. 184.

B- Le régime juridique de la circulation des actes juridiques en droit anglais

459. En droit anglais, aucun instrument émanant d'un officier public anglais ne produit la force probante pleine et entière de son contenu, quelle que soit la qualité de l'officier (*scrivener/public notary* ou *solicitor*). L'acte de notarié et la preuve notariée n'ont aucune authenticité devant les juridictions anglaises¹³⁰⁹. C'est évidemment aussi le cas pour les actes notariés étrangers. Cette règle s'explique par les pouvoirs très étendus et très puissants du juge anglais en la matière, vu que l'exécution est de la compétence exclusive du pouvoir juridictionnel et qu'un contrat peut toujours être remis en question (révision, modification ou invalidation) par le juge en évoquant la théorie de l'*equity*¹³¹⁰.

Dans les pays de *common law*, les actes authentiques étrangers ne jouissent pas de la force probante reconnue dans l'État d'origine, puisqu'il n'existe pas de règles relatives à l'authenticité des actes nationaux. La force probante des actes étrangers est donc soumise au pouvoir discrétionnaire du juge anglais comme toute autre déclaration dans un document anglais¹³¹¹.

Mais il y a des dispositions particulières relatives aux faits inclus dans des documents publics (*Statements in public documents*) objet de l'article 7¹³¹² du *Civil Evidence Act de 1995*.

¹³⁰⁹ M.P. CLANCY, *The Organisation and Function of the Profession of Notary in the United Kingdom*, Notarius International, Vol. 5, 2000, p. 102;

¹³¹⁰ J. C. REGA et O. LECOMTE, "Rédiger...", précité, p. 517.

¹³¹¹ Article 8 du Civil Evidence Act de 1995.

¹³¹² D'après l'article 7 (2) du Civil Evidence Act 1995, "(b) les documents publics (par exemple, les registres publics et les déclarations faites sous l'autorité publique en ce qui concerne les questions d'intérêt public) sont recevables comme preuve des faits qui y sont énoncés, ou c) les dossiers (par exemple, les dossiers de certains tribunaux, traités, concessions de la Couronne, pardons et commissions) sont admissibles comme preuve des faits qui y sont énoncés".

La version originale du texte: "*The common law rules effectively preserved by section 9(1) and (2)(b) to (d) of the Civil Evidence Act 1968, that is, any rule of law whereby in civil proceedings— (...) (b) public documents (for example, public registers, and returns made under public authority with respect to matters of public interest) are admissible as evidence of facts stated in them, or (c) records (for example, the records of certain courts, treaties, Crown grants, pardons and commissions) are admissible as evidence of facts stated in them*".

460. Dans les systèmes de *common law*, les déclarations faites dans la plupart des documents publics sont recevables dans les affaires civiles comme preuve des faits qui y sont énoncés. L'admissibilité de telles preuves peut être justifiée pour des raisons de fiabilité et de commodité¹³¹³. Lorsqu'un dossier a été constitué par une personne agissant en vertu d'une obligation publique de s'enquérir de la véracité d'une affaire et de consigner ses conclusions afin que le public puisse s'y référer, le contenu de ce document peut être présumé véridique¹³¹⁴.

461. Les principes de *common law* relatifs aux actes publics sont d'une importance relativement mineure, principalement en raison de l'existence d'une grande variété de dispositions législatives qui régissent l'admissibilité de catégories particulières d'actes publics dans les procédures civiles¹³¹⁵. Par exemple, en vertu de l'article 34 de la loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès (*Births and Deaths Registration Act*), une copie certifiée conforme de l'inscription censée être scellée ou estampillée du Sceau du Bureau d'État Civil Général doit être reçue comme preuve de la naissance ou du décès auquel elle se rapporte.

Compte tenu de la multiplicité des documents publics, les conditions de recevabilité varient, selon le type particulier du document en question¹³¹⁶. D'une manière générale, il semble qu'un document public ne soit recevable comme preuve de la véracité de son contenu que s'il concerne une affaire publique, s'il a été établi par un officier public agissant dans le cadre d'un devoir d'enquête et d'enregistrement des résultats d'une telle enquête, et s'il était destiné à être conservé pour consultation publique ou inspection¹³¹⁷.

¹³¹³ A. KEANE & P. McKEOWN, *The modern law of evidence*, Oxford University Press, ninth edition, 2012, p. 348.

¹³¹⁴ A. KEANE & P. McKEOWN, *The modern law of evidence*, op. cit., p. 348.

¹³¹⁵ Ibidem.

¹³¹⁶ Ibid., p. 349.

¹³¹⁷ Ibidem.

C- Le régime juridique de la circulation des actes dans le Règlement

462. Tout comme pour la circulation des décisions étrangères, le régime juridique des actes authentiques et des transactions judiciaires est de portée strictement intracommunautaire. Mais contrairement aux dispositions relatives aux décisions étrangères, la réglementation européenne régissant les effets des actes authentiques étrangers est "*fortement innovatrice*"¹³¹⁸ par rapport aux autres règlements européens, vu la particularité de la matière successorale.

Le régime applicable à la circulation de l'acte authentique est déterminé par les articles 59¹³¹⁹ et 60¹³²⁰ du Règlement. Le premier régit l'acceptation de l'acte, le second traite de sa force exécutoire.

¹³¹⁸ D. DAMASCELLI, "La circulation au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale", *RCDIP*, 2013/2, n° 2, p. 425.

¹³¹⁹ L'article 59 du Règlement dispose que: "1. *Les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ceci ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné*

Une personne souhaitant utiliser un acte authentique dans un autre État membre peut demander à l'autorité établissant l'acte authentique dans l'État membre d'origine de remplir le formulaire établi conformément à la procédure consultative visée à l'article 81, paragraphe 2, en décrivant la force probante de l'acte authentique dans l'État membre d'origine.

2. Les juridictions de l'État membre d'origine sont saisies de toute contestation portant sur l'authenticité d'un acte authentique et statuent sur celle-ci en vertu de la loi de cet État. L'acte authentique contesté ne produit aucune force probante dans un autre État membre tant que le recours est pendant devant la juridiction compétente.

3. Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement sont saisies de toute contestation relative aux actes juridiques ou relations juridiques consignés dans un acte authentique et statuent sur celle-ci en vertu de la loi applicable au titre du chapitre III. L'acte authentique contesté ne produit aucune force probante dans un autre État membre que l'État membre d'origine en ce qui concerne la question contestée tant que le recours est pendant devant la juridiction compétente.

4. Si un point relatif aux actes juridiques ou aux relations juridiques consignés dans un acte authentique en matière de successions est soulevé de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci est compétente pour en connaître."

¹³²⁰ L'article 60 du Règlement dispose que: " 1. *Un acte authentique qui est exécutoire dans l'État membre d'origine est déclaré exécutoire dans un autre État membre, à la demande de toute partie intéressée, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58.*

2. Aux fins de l'article 46, paragraphe 3, point b), l'autorité ayant établi l'acte authentique délivre, à la demande de toute partie intéressée, une attestation sous la forme du formulaire établi conformément à la procédure consultative visée à l'article 81, paragraphe 2.

3. La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu de l'article 50 ou 51 ne refuse ou ne révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre d'exécution".

463. Les commentateurs du Règlement justifient la référence au terme "acceptation", par les critiques qui ont été adressées à la notion de "reconnaissance" lors des débats sur la proposition du texte européen¹³²¹. La reconnaissance est "incontestablement une notion ambiguë"¹³²² car elle admet plusieurs sens en droit international privé "qui n'épuisent pas celui retenu par le droit de l'Union européenne"¹³²³. Cette pluralité des notions a conduit plusieurs commentateurs de la proposition à proposer "le changement de la terminologie pour accueillir la reconnaissance des actes authentiques"¹³²⁴.

464. D'après l'article 59 du Règlement, l'acceptation des actes authentiques se fait au moyen de la production de la même force probante ou des effets comparables dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine.

La force probante au sens de l'article 59 du Règlement signifie "l'impossibilité de méconnaître l'authenticité, et donc la fiabilité de l'acte authentique"¹³²⁵. Il s'agit de "ce qui est établi" et qui ne peut être combattu que par "le biais du recours à un moyen spécifique d'invalidation de l'acte telle que (...) l'inscription de faux en écriture publique"¹³²⁶.

Le droit tunisien prévoit la même définition de la notion de "force probante" et prévoit le même moyen pour l'attaquer. En effet l'article 444 du COC dispose que: "L'acte authentique fait pleine foi, même à l'égard des tiers et jusqu'à inscription de faux, des faits et des conventions attestés par l'officier public qui l'a rédigé comme passés en sa présence (...)".

Le force probante est soumise à la libre appréciation du juge qui doit vérifier l'existence de certains éléments pour que l'acte authentique soit

¹³²¹ D. DAMASCELLI, "La circulation au sein de l'espace judiciaire...", précité, p. 427.

¹³²² P. CALLE, P. PASQUALIS, P. WAUTELET et C. NOURISSAT, "Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *LPA*, 4 avril 2012, n° PA201206807, p. 6.

¹³²³ Ibidem.

¹³²⁴ Ibidem.

¹³²⁵ D. DAMASCELLI, "La circulation au sein de l'espace judiciaire...", précité, p. 427.

¹³²⁶ Ibidem; L'auteur a recours à l'exemple du droit italien, précisément les articles 221 et suiv. du code italien de procédure civile.

accepté¹³²⁷: sa provenance d'un officier public, l'existence de certaines mentions obligatoires (date et lieu de l'acte), les déclarations des parties que l'officier atteste avoir reçues, les circonstances qu'il atteste avoir constatées ou les faits qu'il déclare avoir accomplis¹³²⁸.

465. Le législateur européen a pris en considération les divergences entre les États membres quant au régime juridique relatif aux actes authentiques, leur admissibilité et effets. Ainsi, l'article 59 du Règlement n'impose pas au pays d'accueil d'admettre les mêmes effets juridiques des actes authentiques de l'État membre d'origine, mais de leur reconnaître "*les effets les plus comparables*" de l'ordre juridique du for. Face à cette disposition, les commentateurs du Règlement ont exprimé leur crainte de "*devoir restreindre, voire même de manière consistante, l'éventail des effets que l'acte authentique est susceptible de produire hors frontière*"¹³²⁹. On s'est aussi posé la question de savoir, si l'État membre d'accueil doit se soumettre à l'obligation d'acceptation imposée par l'article 59 du Règlement, alors même qu'il ignore le concept de l'acte authentique? Les auteurs répondent par l'affirmative. Dans ce cas, les actes doivent se voir reconnaître "*un ensemble minimum d'effets*"¹³³⁰.

466. L'article 59 du Règlement prévoit trois limites à la libre circulation des actes authentiques étrangers. La première limite est classique, elle est celle de la contrariété à l'ordre public international du for. Les deux autres limites sont prévues par les paragraphes 2 et 3 dudit article.

La première limite objet du paragraphe 2 de l'article 59, est liée aux contestations portant sur l'authenticité de l'acte. Celles-ci sont de la compétence de l'État d'origine. Il s'agit des vices d'établissement de l'acte, de sa rédaction et des conditions d'exercice de la fonction notariale¹³³¹.

¹³²⁷ Ibidem.

¹³²⁸ Ibidem; article 2700 du code civil italien.

¹³²⁹ Ibid., p. 428.

¹³³⁰ Ibidem.

¹³³¹ Ibidem.

La deuxième limite prévue par le paragraphe 3 de l'article 59 se rapporte aux contestations relatives aux actes juridiques ou relations juridiques objet de l'acte authentique. Il s'agit donc du contenu matériel de l'acte¹³³². Les contestations y afférentes sont de la compétence du tribunal et de la loi successorale compétente en vertu des règles de compétence prévues par le Règlement.

467. Le deuxième effet que produit un acte authentique est la force exécutoire, qui est aussi le même effet que produit la transaction judiciaire. Les deux dispositions régissant les deux types d'actes sont presque identiques¹³³³. Ces deux dispositions ne sont pas innovatrices par rapport aux Règlements européens précédents et constituent pratiquement la transcription littérale des articles 57 et 58 du Règlement n° 44/2001. Ainsi, la force exécutoire est octroyée aux actes authentiques et transactions judiciaires de l'État d'accueil, s'ils le sont dans leur État d'origine.

468. Contrairement au droit tunisien, certains effets n'ont pas été expressément prévus par le Règlement, à savoir la transcription ou l'inscription

¹³³² Ibidem.

¹³³³ La force exécutoire des actes authentiques est régie par l'article 60 du Règlement disposant que: "1. *Un acte authentique qui est exécutoire dans l'État membre d'origine est déclaré exécutoire dans un autre État membre, à la demande de toute partie intéressée, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58.*

2. *Aux fins de l'article 46, paragraphe 3, point b), l'autorité ayant établi l'acte authentique délivre, à la demande de toute partie intéressée, une attestation sous la forme du formulaire établi conformément à la procédure consultative visée à l'article 81, paragraphe 2.*

3. *La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu de l'article 50 ou 51 ne refuse ou ne révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre d'exécution".*

La force exécutoire des transactions judiciaires est régie par l'article 61 du Règlement disposant que: "1. *Les transactions judiciaires qui sont exécutoires dans l'État membre d'origine sont déclarées exécutoires dans un autre État membre à la demande de toute partie intéressée, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58.*

2. *Aux fins de l'article 46, paragraphe 3, point b), la juridiction qui a approuvé la transaction ou devant laquelle la transaction a été conclue délivre, à la demande de toute partie intéressée, une attestation sous la forme du formulaire établi conformément à la procédure consultative visée à l'article 81, paragraphe 2.*

3. *La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu de l'article 50 ou 51 ne refuse ou ne révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de la transaction judiciaire est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre d'exécution".*

sur les registres publics¹³³⁴. La doctrine rappelle les dispositions du considérant 18 du Règlement selon lesquelles: "*Les exigences relatives à l'inscription dans un registre d'un droit immobilier ou mobilier devraient être exclues du champ d'application du présent règlement. Par conséquent, c'est la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu (pour les biens immeubles, la lex rei sitae) qui devrait définir les conditions légales et les modalités de l'inscription, et déterminer quelles sont les autorités, telles que les responsables des cadastres ou les notaires, chargées de vérifier que toutes les exigences sont respectées et que les documents présentés ou établis sont suffisants ou contiennent les informations nécessaires*". La doctrine en conclut qu'une perspective nouvelle et novatrice du Règlement selon laquelle "*doivent être considérées comme contraires au droit communautaire les dispositions nationales qui nient cet accès aux actes provenant des autres États membres, indépendamment du fait qu'ils remplissent ou pas les conditions requises à cet effet*"¹³³⁵.

Cette dernière conclusion favorise certainement la coordination et la coopération internationale en matière successorale, mais il est difficile de l'envisager dans un cadre extracommunautaire. En revanche, on relève le grand rapprochement entre le droit européen et le droit tunisien sur le plan juridique et conceptuel, ce qui constitue un élément favorisant la coordination entre les deux rives de la méditerranée. Pour les systèmes de *common law*, la théorie de l'équivalence pourrait bien jouer un rôle important dans la conciliation entre les trois systèmes comparés.

Paragraphe deuxième: Le certificat successoral européen (CSE)

469. Faisant l'objet du chapitre VI du Règlement portant le même titre (Certificat successoral européen, CSE pour ce qui suivra), le CSE n'est pas "*un simple instrument de circulation entre États membres des preuves constituées*

¹³³⁴ D. DAMASCELLI, "La circulation au sein de l'espace judiciaire...", précité, p. 431.

¹³³⁵ D. DAMASCELLI, "La circulation au sein de l'espace judiciaire...", précité, p. 431.

selon le droit de ces États, mais bien plutôt un instrument autonome d'établissement de la preuve des qualités des héritiers et autres personnes intéressées par la succession"¹³³⁶.

L'idée d'un certificat européen trouve son inspiration d'une tentative d'un certificat international introduit par la Convention de La Haye de 1973 sur l'administration de la succession. Qualifié de "*plante chétive*"¹³³⁷, il n'a pu réaliser le succès escompté. En effet, son efficacité est limitée tant que les règles de conflits ne sont pas unifiées¹³³⁸.

Comme pour les règles régissant la circulation des décisions étrangères et des actes authentiques, malgré sa dimension transfrontière, le dispositif juridique instaurant le CSE n'a qu'une portée intracommunautaire¹³³⁹.

Tout en précisant que le CSE ne se substitue pas aux documents délivrés par les autorités nationales, le Règlement précise qu'il produit également ses effets dans l'État d'origine¹³⁴⁰. Cette disposition a été critiquée car elle empiète sur le droit matériel des États membres d'autant plus qu'elle n'a pas pour fondement de faciliter la liquidation des successions¹³⁴¹.

470. Bien que la création du CSE a pour objectifs de "*régler de manière rapide, aisée et efficace une succession ayant une incidence transfrontière au sein de l'Union*"¹³⁴², le CSE n'a pas le caractère obligatoire¹³⁴³. Ainsi, le

¹³³⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., pp. 776-777.

¹³³⁷ F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004, p.177.

¹³³⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 771.

¹³³⁹ L'article 62 paragraphe 1 du Règlement dispose que: "*1. Le présent règlement crée un certificat successoral européen (ci-après dénommé "certificat"), qui est délivré en vue d'être utilisé dans un autre État membre et produit les effets énumérés à l'article 69*".

¹³⁴⁰ L'article 62 paragraphe 3 du Règlement dispose que: "*3. Le certificat ne se substitue pas aux documents internes utilisés à des fins similaires dans les États membres. Toutefois, dès lors qu'il est délivré en vue d'être utilisé dans un autre État membre, le certificat produit également les effets énumérés à l'article 69 dans l'État membre dont les autorités l'ont délivré en vertu du présent chapitre*".

¹³⁴¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 779.

¹³⁴² Considérant 67 du Règlement.

¹³⁴³ L'article 62 paragraphe 2 du Règlement dispose que: "*2. Le recours au certificat n'est pas obligatoire*".

considérant 69 du Règlement précise que "*les personnes en droit de déposer une demande de certificat ne devraient pas avoir l'obligation de le faire, mais devraient être libres de recourir aux autres instruments mis à disposition dans le présent règlement (décisions, actes authentiques ou transactions judiciaires)*". Les commentateurs du Règlement estiment que le caractère facultatif du CSE pourrait emmener les autorités des États membres à préférer les modes de preuve de leurs droits nationaux¹³⁴⁴. Ils considèrent aussi que le système de coexistence entre le certificat européen et les instruments nationaux dans le cadre d'une seule succession entraîne la complexité de son règlement¹³⁴⁵. On admet que la coexistence de deux certificats européens n'est pas très probable vu que les autorités chargées de la délivrance des CSE doivent respecter les règles de compétence prévues par le texte européen régissant les successions¹³⁴⁶.

471. La compétence de délivrance du CSE est régie par l'article 64 du Règlement qui dispose que: "*Le certificat est délivré dans l'État membre dont les juridictions sont compétentes en vertu de l'article 4, 7, 10 ou 11. L'autorité émettrice est:*

a) une juridiction telle que définie à l'article 3, paragraphe 2; ou

b) une autre autorité qui, en vertu du droit national, est compétente pour régler les successions".

Il appert de cet article, que le législateur européen tient compte de la diversité des autorités autorisées à délivrer les documents prouvant la qualité d'héritier: celles-ci pouvant être soit des autorités judiciaires, soit notariales soit d'autres autorités habilitées à cette fin¹³⁴⁷.

Il appert aussi, que le Règlement soumet la compétence de délivrance du certificat aux règles régissant la détermination de la compétence internationale.

¹³⁴⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.782.

¹³⁴⁵ Ibid., p. 785.

¹³⁴⁶ Ibidem.

¹³⁴⁷ U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE et R. REINHARTZ, op. cit., p. 225.

L'autorité émettrice du certificat peut donc être compétente soit sur la base de la règle générale, à savoir la dernière résidence habituelle du défunt; soit sur la base de l'une des compétences subsidiaires fondées sur l'existence des biens successoraux sur le territoire d'un État membre ou sur la nécessité; soit sur la base de la volonté des parties.

Ce régime de la compétence est applicable à la fois aux autorités juridictionnelles et non juridictionnelles tels que les notaires. En effet, *"il ne se concevrait pas qu'une juridiction saisie d'une demande de délivrance d'un certificat soit tenue de vérifier sa compétence alors qu'une telle obligation ne pèserait pas sur un notaire saisi d'une demande identique"*¹³⁴⁸.

472. S'est posée à la jurisprudence européenne dans les deux affaires *Oberlé* et *WB*¹³⁴⁹ la même question *"essentielle"*¹³⁵⁰ de savoir, si les dispositions de l'article 64 du Règlement devaient aussi s'appliquer lors de la délivrance d'un certificat successoral national. En d'autres termes, il s'agit de *"savoir si le règlement Successions qui soumet, par le jeu de l'article 64, la délivrance du certificat successoral européen (CSE) par le juge (ou par l'autorité) au respect des règles de compétence territoriale fixées aux articles 4, 7, 10 ou 11 doit être interprété en ce sens que la délivrance d'un certificat successoral national (en France, une notoriété, en Allemagne, Erbschein) est aussi tributaire de ces règles de compétence territoriale"*¹³⁵¹.

En réponse à cette question, dans l'affaire *Oberlé*, la CJUE affirme que: *"L'interprétation de l'article 4 dudit règlement selon laquelle cette disposition détermine la compétence internationale des juridictions des États membres quant aux procédures de délivrance des certificats successoraux nationaux tend, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice au sein de l'Union, à la*

¹³⁴⁸ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 809.

¹³⁴⁹ Affaire *Oberlé*, CJUE 2ème Ch., 21 juin 2018, n° C-20/17; note C. NOURISSAT, *Defrénois*, 10 janvier 2019, n° DEF144b2, p.45; Affaire *WB*, CJUE, 23 mai 2019, n° C-658/17; note C. NOURISSAT, *Defrénois*, 5 septembre 2019, n° DEF151e4, p. 35; note P. CALLE, *Defrénois flash*, 1er juillet 2019, n° DEF151a8, p.7.

¹³⁵⁰ C. NOURISSAT, note sous arrêt *Oberlé*, précité, p.45.

¹³⁵¹ Ibidem.

réalisation de cet objectif, en limitant le risque de procédures parallèles devant les juridictions des différents États membres et de contradictions qui pourraient en résulter".

473. Le Règlement précise dans une liste limitative les personnes en droit de demander un certificat successoral européen¹³⁵². Il s'agit des héritiers, des légataires, des exécuteurs et des administrateurs de la succession. Il précise aussi sa finalité, mais à titre énumératif et non pas limitatif. En effet, afin de déterminer la "*finalité du certificat*"¹³⁵³ le législateur européen emploie le terme "*en particulier*" pour donner ensuite des exemples des cas dans lesquels le CSE peut être utilisé. Ces cas sont relatifs aux éléments que ledit certificat sert à prouver. Ces éléments sont les suivants: "*a) la qualité et/ou les droits de chaque héritier ou, selon le cas, de chaque légataire mentionné dans le certificat et la quote- part respective leur revenant dans la succession;*

b) l'attribution d'un bien déterminé ou de plusieurs biens déterminés faisant partie de la succession à l'héritier/aux héritiers ou, selon le cas, au(x) légataire(s) mentionné(s) dans le certificat;

c) les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession mentionné dans le certificat".

474. Les effets du CSE sont régis par l'article 69 du Règlement. Cet article précise d'abord que ledit certificat produit ses effets sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à aucun contrôle ou procédure préalable. Outre l'effet probatoire auquel il y est déjà fait rappel dans l'article 63 du Règlement, le CSE est directement inscrit sur les registres de l'État membre d'accueil nonobstant les

¹³⁵² L'article 63 paragraphe 1 du Règlement dispose que: "*1. Le certificat est destiné à être utilisé par les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession et les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession qui, dans un autre État membre, doivent respectivement invoquer leur qualité ou exercer leurs droits en tant qu'héritiers ou légataires, et/ou leurs pouvoirs en tant qu'exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession*".

¹³⁵³ Le titre de l'article 63 du Règlement.

dispositions de l'article 1er paragraphe 2, points k et l¹³⁵⁴. Il a aussi un effet protecteur des tiers agissant de bonne foi sur la base des informations contenues dans le certificat et qui bénéficient de la présomption objet du considérant 71 du Règlement aux termes duquel le CSE "(...) *devrait avoir une force probante et devrait être présumé attester fidèlement de l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques, tels que la validité au fond des dispositions à cause de mort (...)*". La bonne foi résulte soit du fait d'ignorer que "*le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité*"¹³⁵⁵. Cette ignorance est aussi excusable lorsqu'elle résulte d'un "*négligence grave*"¹³⁵⁶.

La création du certificat successoral européen se justifie par les objectifs de coordination voire de l'unification des systèmes européens. Même si sa portée est intracommunautaire, et malgré son caractère facultatif, il atteste de la possibilité de sa mise en œuvre, non pas à l'échelle européenne uniquement, mais aussi à l'échelle internationale. En revanche, il ne pourra être effectif que dans des systèmes adoptant des règles de conflit unifiées.

¹³⁵⁴ L'article 1er paragraphe 2 points k et l dispose ce qui suit: "2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement:*

k) la nature des droits réels; et

l) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre".

¹³⁵⁵ L'article 69 paragraphe 3 *in fine*.

¹³⁵⁶ *Ibidem*.

Conclusion du Titre premier

475. Dépasser les divergences n'est pas impossible. Plusieurs mécanismes peuvent mener à bien les objectifs de coordination et de coopération internationale. Ces mécanismes sont multiples et portent sur toutes les questions relatives au régime juridique régissant les successions internationales.

La coordination dans une matière aussi complexe nécessite la lisibilité et l'intelligibilité des règles la régissant pour protéger les intérêts des bénéficiaires des successions. L'État n'a aucun intérêt particulier du règlement d'une succession qu'elle soit interne ou internationale. Les idées de souveraineté ou de bonne administration de la justice justifiant le morcellement successoral ne sont que des alibis d'un *lex forisme* exagéré. L'unité est certainement le premier pas vers la coordination. Ses avantages l'emportent sur ses inconvénients. L'efficacité du système unioniste n'est assurée qu'à travers l'unicité du rattachement. Les critères multiples ne sont que source de complexité. Ce rattachement unique doit être déterminé objectivement en cherchant les points de convergence des ordres juridiques. L'unique critère pouvant réaliser le rapprochement des systèmes comparés est celui de la dernière résidence habituelle du défunt. Déjà admis en droit européen, mais aussi en droit tunisien, il ne demande que quelques concessions des systèmes de *common law* pour assurer un règlement uniforme des successions transfrontières.

Les règles de droit doivent aussi assurer la continuité de la coordination. Celle-ci ne doit pas revêtir un aspect simplement théorique, mais doit être concrétisée à l'échelle procédurale. D'où la nécessité d'assurer la libre circulation des décisions et actes se rapportant au règlement de la succession. Pour ce faire, il est impératif d'adopter des règles uniformes régissant les effets de ces actes et décisions. Mais il est aussi impératif de limiter la portée de certains éléments perturbateurs de la coordination.

Titre deuxième: Les mécanismes perturbateurs de la coordination entre les systèmes successoraux

476. La divergence des systèmes juridiques n'est pas l'obstacle à la coordination. En réalité, la divergence est la raison même du concept de la coordination.

Il y a ces éléments perturbateurs, ces mécanismes, qui une fois mis en œuvre, vont entraver toute tentative d'harmonie juridique.

Ces éléments sont nombreux et peuvent être classés en deux groupes: les mécanismes qui interviennent lors de la mise en œuvre de la règle de conflit (**Chapitre premier**) et un mécanisme qui intervient après la mise en œuvre de la méthode conflictuelle à savoir l'exception de l'ordre public (**Chapitre deuxième**).

Chapitre premier: Les mécanismes entravant la résolution des conflits en matière successorale

477. L'entrave à la résolution des conflits en matière successorale peut être surmontée par le jeu de plusieurs mécanismes.

Certains mécanismes sont conflictuels, se rapportant à la conception conflictuelle du législateur et à ses choix législatifs en la matière. Ils peuvent avoir pour effet soit de freiner la bilatéralité et fausser son jeu (**Section première**) soit de l'écartier complètement (**Section deuxième**).

Section première: Les mécanismes conflictuels altérant la bilatéralité des règles successorales

478. Dans cette étude comparée, on a envisagé la coordination entre les systèmes comparés existants. On s'est proposé de modifier le droit tunisien, car il est de nature lacunaire. Le but n'est pas de s'identifier à l'un ou l'autre des systèmes juridiques. Un avant projet de réforme est déjà établi, le changement est une nécessité et un fait accompli.

Cependant, les entraves à la coordination ne se rapportent pas au droit tunisien uniquement. Plusieurs mécanismes adoptés par les deux autres systèmes comparés doivent être remis en question car ils freinent gravement la coopération internationale lors de la résolution des conflits. Certains éléments perturbateurs interviennent pour fausser le jeu à la fois des règles de conflit des juridictions (**Paragraphe premier**), et des règles de conflit de lois (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Les éléments perturbateurs de la mise en œuvre des règles juridictionnelles

479. Deux éléments à effets antagonistes amortissent considérablement la coordination entre les systèmes juridiques: la limitation de la compétence internationale à travers la consécration injustifiée et injuste de la compétence exclusive en matière successorale (**I**) et l'élargissement exorbitant de la compétence à travers la mise en œuvre de rattachements inadaptés aux successions internationales (**II**).

I- La compétence exclusive, élément perturbateur de la coordination

480. *"Dans une législation nationale, les fors exclusifs ont pour fonction essentielle d'éviter le jeu normal de la concurrence de fors et, comme conséquence principale, d'empêcher les effets des décisions étrangères"*¹³⁵⁷.

La doctrine tunisienne définit la compétence exclusive des tribunaux tunisiens en précisant qu' *"elle veut dire que seuls les tribunaux tunisiens sont compétents. Les tribunaux étrangers ne peuvent connaître des matières réservées aux tribunaux tunisiens. Plus précisément, les jugements rendus par les tribunaux étrangers en ces matières ne seront ni reconnus, ni exécutés en Tunisie"*¹³⁵⁸.

481. Les fors exclusifs sont multiples. Le seul qui servira à cette étude comparée est l'exclusivité sur les biens, plus particulièrement les biens immeubles. Les biens meubles sont généralement régis par un rattachement personnel et relèvent de la compétence ordinaire des tribunaux, tel est le cas en droit tunisien¹³⁵⁹.

482. L'intérêt particulier qu'on accorde à l'exclusivité de la compétence en matière immobilière se justifie par son effet direct sur la coordination en matière successorale. L'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers statuant sur une succession internationale se heurte souvent à cette exception de compétence exclusive. Il va sans dire qu'une telle attitude législative met en péril les intérêts légitimes des bénéficiaires de ces jugements.

La compétence exclusive internationale a plusieurs fondements et intervient dans plusieurs matières (A). L'admettre en matière successorale est

¹³⁵⁷ D. P. F. ARROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", Vol. 323, *RCADI*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2019, p. 116; V. dans le même sens: B. AUDIT, "Le droit international privé...", op. cit., p. 461, A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 173.

¹³⁵⁸ M. A. HACHEM, *Leçons de Droit International Privé, livre I*, op. cit., p. 129.

¹³⁵⁹ L'article 5 paragraphe 3 du code de DIP dispose que: *"Les juridictions tunisiennes connaissent également: (...) 3- Dans les litiges ayant pour objet un droit mobilier situé en Tunisie"*.

sujette à réflexion. Son admission affaiblit considérablement tout effort de coopération internationale en la matière (B).

A- Exposé des fondements de la compétence exclusive en matière immobilière

483. La désignation de toute compétence nécessite d'abord l'identification des intérêts et des enjeux la justifiant¹³⁶⁰.

La doctrine invoque plusieurs arguments motivant l'instauration d'une compétence exclusive en matière immobilière.

Une première catégorie d'arguments est d'ordre politique: Cette compétence est édictée en vue de préserver les intérêts de l'État en rapport surtout avec sa souveraineté¹³⁶¹. *"C'est en relation avec les immeubles que le prétendu intérêt particulier de l'État se présente d'habitude mélangé avec l'invocation de la souveraineté"*¹³⁶².

D'autres arguments sont liés à l'idée de la proximité: le rapprochement de l'immeuble du juge du for. Sa situation sur le territoire national favorise cette idée d'exclusivité. A cette d'idée de proximité, s'ajoute une autre idée d'ordre pratique. Le juge du lieu de situation de l'immeuble est le mieux placé pour connaître des actions s'y rapportant. On évoque ainsi l'idée de la bonne administration de la justice¹³⁶³: certains actes juridiques nécessitent le déplacement sur les lieux soit par le juge, soit par l'un des auxiliaires de la justice désigné par le juge. En outre, les actions portant sur les immeubles exigent l'intervention des registres fonciers où sont centralisées toutes les informations y afférentes.

¹³⁶⁰ F. VISCHER, "General course on private international law", *RCADI*, The Hague ; London ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 203.

¹³⁶¹ N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 72; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 175; K. MADDOURI, "L'immeuble en droit international...", article précité, p. 254.

¹³⁶² D. P. F. ARROYO, "Compétence exclusive...", précité, p. 82.

¹³⁶³ N. GARA, *Précis...*, op. cit., p. 72

Un autre fondement rappelle l'idée de l'unité entre le *for* et le *jus*¹³⁶⁴: le même rattachement commande la compétence juridictionnelle et législative en matière immobilière, avec tous les avantages qui en découlent.

Une autre série d'arguments est d'ordre économique, tirée du fameux adage "*res mobilis res vilis*" selon lequel les meubles ont moins de valeur que les immeubles. Les biens immobiliers constituent la richesse de l'État et nécessitent donc leur soumission à son contrôle.

484. Ces arguments militent en faveur d'une compétence exclusive lorsque l'immeuble est pris *ut singuli*, bien qu'on estime que la majorité des arguments avancés n'aient pas plus qu'une valeur historique et ne reflètent plus la réalité du développement socio-économique. Il va sans dire que de nos jours certains meubles ont beaucoup plus de valeur que les immeubles, et que les innombrables cas de mariages mixtes ont fait naître des situations juridiques dans lesquelles un étranger devient propriétaire d'un immeuble situé sur le territoire national, soit par un lien matrimonial, soit par voie contractuelle ou par voie *post mortem* (succession, testament...).

Cet état des lieux a rabaisé tous ces éléments de la catégorie d'*arguments* à celle de simples "*clichés*" comme a été pertinemment relevé par certains auteurs¹³⁶⁵. Mais ces "*clichés*" persistent encore, ils sont une réalité qui constitue une entrave sérieuse à la coordination des systèmes législatifs en matière de succession internationale.

B- Inadaptation de la compétence exclusive à la matière successorale

485. Le législateur tunisien est l'un des nombreux systèmes qui prévoient la compétence internationale exclusive des tribunaux nationaux dans certaines

¹³⁶⁴ D. P. F. ARROYO, "Compétence exclusive...", précité, p. 83; K. MADDOURI, "L'immeuble en droit international...", article précité, p. 254.

¹³⁶⁵ D. P. F. ARROYO, "Compétence exclusive...", précité, p. 82.

matières dont la matière immobilière. Cette compétence exclusive est l'objet de l'article 8¹³⁶⁶ alinéa 2 du code de DIP qui dispose que: "*Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence si l'action: (...) 2. est relative à un immeuble situé en Tunisie*".

486. Une partie de la doctrine tunisienne considère que les termes généraux de l'article obligent à admettre la compétence exclusive des tribunaux tunisiens dans toutes les contestations relatives à un immeuble¹³⁶⁷, qu'elles soient réelles, personnelles ou mixtes¹³⁶⁸. Cette disposition trouve son fondement dans la règle générale de droit objet de l'article 533 du COC disposant que: "*Lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens*" et dans le droit conventionnel¹³⁶⁹ dont la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹³⁷⁰.

¹³⁶⁶ L'article 8 du code de DIP dispose que: "*Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence:*

1. *Si l'action a pour objet l'attribution, l'acquisition, la perte, le retrait ou la déchéance de la nationalité tunisienne.*
2. *Si elle est relative à un immeuble situé en Tunisie.*
3. *Si elle est relative à une procédure collective ouverte en Tunisie telle que le redressement des entreprises ou la faillite.*
4. *Si elle a pour objet la demande d'une mesure conservatoire ou d'exécution sur le territoire tunisien et portant sur des biens qui y sont situés.*
5. *Dans tous les cas où la compétence leur est attribuée en vertu d'un texte spécial*".

¹³⁶⁷ مبروك بن موسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المغاربية للطبع و النشر و الإصدار، نوفمبر

2003، ص. 96.

¹³⁶⁸ La distinction entre les trois types d'actions est légale et est prévue dans l'article 20 du CPCC qui définit les trois types d'actions en ces termes: "*Les actions personnelles sont celles qui sont fondées sur une obligation personnelle ayant sa cause, soit dans la loi, soit dans un contrat ou quasi-contrat, soit dans un délit ou quasi-délit.*

Les actions mobilières sont celles qui tendent à faire procurer un meuble par nature ou par détermination de la loi.

Les actions pétitoires sont celles qui sont fondées sur un droit réel immobilier.

Les actions fondées simultanément sur un droit réel immobilier et un droit personnel sont des actions mixtes, et sont assimilées au point de vue de la compétence aux actions personnelles, si le droit réel immobilier n'est pas contesté".

¹³⁶⁹ M. BEN MOUSSA, *Commentaire du code de droit international privé (en langue arabe)*, op. cit., p. 97.

¹³⁷⁰ Précisément l'article 16 de la Convention, qui est parmi les sources internationales du code tunisien de DIP.

Cette position a été critiquée par la doctrine admettant que "*cette interprétation exégétique risque d'étendre d'une manière injustifiée la compétence exclusive des juridictions tunisiennes*"¹³⁷¹. On cite l'exemple des actions en dommages et intérêts pour inexécution d'un contrat de vente ou de donation portant sur un immeuble. Ces actions ne peuvent faire l'objet de la compétence exclusive au risque d'altérer "*la cohérence entre les cas de compétence internationale prévues par le code de DIP*"¹³⁷². De ce fait, seules les actions ayant pour objet un droit réel immobilier peuvent relever de la compétence exclusive¹³⁷³.

487. L'interprétation de l'article 8 ne doit pas non plus s'étendre aux actions portant sur les successions internationales. Le législateur prévoit expressément que les successions relèvent de la compétence facultative des tribunaux tunisiens sans distinction sur la base de la nature des biens¹³⁷⁴. On en déduit, que les actions successorales portant sur les immeubles situés en Tunisie sont de la compétence possible du juge tunisien et ne rentrent pas dans le cadre de la compétence exclusive, peu importe les solutions jurisprudentielles tunisiennes en la matière.

Cette position est conforme à la lettre du texte régissant la matière successorale. Elle est aussi favorable à la coordination entre les systèmes juridiques. En effet, bien que la succession soit l'une des causes de transfert de la

¹³⁷¹ N. GARA, "Les cas de compétence internationale exclusive des juridiction tunisiennes (Approche critique de l'article 8 du code de DIP)", in *La passion du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur MOHAMED LARBI HACHEM*, Tunis, 2006, p. 336; V. aussi: A. MEZGHANI, *Commentaire ...*, précité, p. 173; L. CHEDLY, M. GHAZOUANI, *Commentaire du code de droit international privé* (en langue arabe), op. cit., p. 177.

¹³⁷² N. GARA, "Les cas de compétence internationale exclusive...", article précité, p. 337.

¹³⁷³ A. MEZGHANI, *Commentaire du code...*, précité p. 173.

¹³⁷⁴ On rappelle les dispositions de l'article 6 paragraphe 3 siège de la matière: "*Les tribunaux tunisiens connaissent aussi: (...) 3- de l'action relative à une succession ouverte en Tunisie ou à une dévolution successorale de biens immeubles ou meubles situés en Tunisie*".

propriété¹³⁷⁵, elle ne porte cependant pas sur un droit réel. Elle ne confère à l'héritier qu'un droit personnel sur l'héritage.

Une partie de la doctrine adopte la position contraire en affirmant qu'en droit tunisien, la compétence internationale des actions successorales portant sur un immeuble situé en Tunisie est de la compétence exclusive du juge tunisien¹³⁷⁶. Elle invoque comme argument une jurisprudence française constante¹³⁷⁷ édictant la compétence exclusive des tribunaux français de connaître des immeubles successoraux.

Cet argument est très fragile et critiquable, car cette jurisprudence n'a plus qu'une valeur historique suite à l'entrée en vigueur du Règlement européen sur les successions qui a modifié le droit international privé français. De plus, cette position de la jurisprudence française s'imposait vu que l'ancien droit français adoptait le système du morcellement successoral, en soumettant les meubles à la compétence et à la loi du dernier domicile du défunt et les immeubles au lieu de leur situation. Dans ce cas, admettre une compétence exclusive lorsque la succession porte sur des immeubles est justifiable. Tel est aussi le cas du droit anglais. Le droit tunisien ne s'est déclaré ni scissionniste ni unitaire. Les hésitations jurisprudentielles attestent de l'incertitude du législateur. On ne pourrait que se fier à la généralité des termes des règles de conflits régissant la matière successorale pour admettre qu'en fin de compte le principe adopté par le législateur est celui de l'unité successorale.

Que la matière figure dans le cadre de la compétence possible ne peut être interprétée que dans ce sens et non pas dans celui de l'exclusivité. Quand le texte est clair, il n'est pas sujet à interprétation. Il n'y a pas lieu non plus d'invoquer le rapport entre l'article 8 du code de DIP et l'article 6 paragraphe 3. Les domaines de chaque règle sont manifestement dissociés: l'article 8 édicte l'exclusivité pour

¹³⁷⁵ Aux termes de l'article 22 du CDR: "*La propriété s'acquiert par contrat, succession, prescription, accession et par l'effet de la loi. La propriété des meubles s'acquiert, en outre, par occupation*".

¹³⁷⁶ N. GARA, *Précis...*, précité, p. 55; K. MADDOURI, "L'immeuble en droit international...", précité, p. 257.

¹³⁷⁷ *Ibidem*.

les actions portant sur des immeubles, tandis que l'article 6 paragraphe 3 régit la compétence en matière successorale.

En outre, que le droit français cède au principe du morcellement et accepte d'être parti au Règlement opérant une refonte totale de son système juridique, plaide en faveur de la fragilité de la conception de la compétence exclusive en matière successorale et de la conception du morcellement. Cela témoigne aussi de la relativité de la question: dans un système ouvert, favorable à la coordination et à la coopération internationale, la compétence ne peut être que facultative. En matière successorale, l'État n'a aucun intérêt national à préserver. Le règlement de la succession n'affecte que les intérêts des particuliers et des biens dans leur dimension économique. En effet, la compétence exclusive a la conséquence néfaste du morcellement de la succession, voire de son émiettement. Si la succession est éparpillée sur les territoires de plusieurs États, il faut la concevoir et la traiter dans sa globalité en tant qu'unité pour garder sa valeur économique et préserver les intérêts des héritiers et des créanciers.

488. La position selon laquelle la compétence en matière successorale est exclusive semble être minoritaire. En effet, les rédacteurs de l'avant projet de réforme du code ont gardé la vocation facultative de la compétence en la matière. Cependant, ils proposent une modification, ou plutôt une altération du texte actuel régissant la compétence internationale des actions successorales. Le nouvel article 6 paragraphe 3 est ainsi rédigé: "*Les tribunaux tunisiens connaissent aussi : (...)*

4- des actions relatives à :

- une succession ouverte en Tunisie, sous réserve d'une compétence exclusive revendiquée par les juridictions de l'État étranger de la situation de l'immeuble (...)".

Hormis les critiques déjà établies quant à l'ambiguïté de l'étendue de l'article, la référence à la compétence exclusive étrangère est surprenante et inexplicable.

D'abord, la réserve émise à la compétence des tribunaux tunisiens n'est pas claire quant à ses conséquences juridiques. Doit on en déduire que le juge tunisien doit se dessaisir de l'action successorale portant sur des immeubles sis à l'étranger? Si l'action implique à la fois des biens meubles situés en Tunisie et des immeubles se trouvant à l'étranger, quelle est l'étendue de la réserve? Doit il se dessaisir de toute l'action, ou bien limiter sa compétence aux biens meubles uniquement? Le texte manque déjà de clarté.

On peut répondre à cette critique en disant que le dessaisissement du tribunal tunisien est évident dans ce cas. Mais cet argument est tout aussi critiquable, car la règle juridique doit être lisible et intelligible. Pourquoi sous entendre des conséquences juridiques qui auraient dû être expressément consacrées par le texte? En prenant l'exemple du Règlement européen sur les successions, celui-ci prévoit explicitement les cas de déclinatoire de la compétence des tribunaux des États membres¹³⁷⁸.

Ensuite, l'introduction de cette réserve entraîne plusieurs difficultés de mise en œuvre. En effet, le juge tunisien n'est pas sensé connaître tous les droits du monde. Cela sous entend donc que c'est à la charge de la partie la plus diligente de rapporter la preuve de la loi étrangère, qui doit être encore soumise à l'interprétation du juge tunisien. Celui-ci doit apprécier l'exclusivité de la compétence du tribunal étranger selon les prescriptions de la loi étrangère et non selon les principes du for tel que prévu par l'article 33¹³⁷⁹ CDIP. Donc, il ne suffirait pas de rapporter la preuve du contenu de la loi mais aussi de la qualification attribuée à la compétence et à sa mise en œuvre dans l'État étranger. Le juge tunisien a aussi un rôle actif dans le régime probatoire de la loi étrangère, et doit l'interpréter comme le fait son juge étranger conformément à l'article

¹³⁷⁸ L'article 6 du Règlement portant le titre: "Déclinatoire de compétence en cas de choix de loi".

¹³⁷⁹ L'article 33 CDIP dispose que: "*Le droit étranger désigné par la règle de rattachement s'entend de l'ensemble des normes applicables dans ce droit conformément à ses sources formelles*".

32¹³⁸⁰CDIP. Mais son rôle est limité, d'autant plus que *"la règle ne semble pas faire obligation au juge d'établir la teneur de la loi étrangère"*¹³⁸¹. Dire qu'il *"est encore difficile de prétendre que le juge tunisien ignore ou n'est pas capable d'accéder au contenu du droit français par exemple"* ou qu'*"il ignore le droit musulman lorsque celui-ci se présente comme un droit étranger"* n'est pas conforme à la réalité et à la pratique judiciaire. Car même si de nos jours le juge peut avoir accès à la règle juridique à travers les innombrables moyens d'information, il ne peut cependant pas s'assurer de la bonne interprétation ou de la bonne application de la loi étrangère, sans l'aide d'un expert spécialiste de cette loi. Le risque de la mauvaise interprétation ou de la mauvaise application de la loi étrangère est très élevé.

Si on échoue à la diligence de la preuve, ou si la partie la plus diligente ne déploie aucun effort, que doit donc être la position des tribunaux tunisiens dans ce cas? doivent ils rejeter la demande ou se déclarer compétents au risque de tomber dans le déni de justice? Devoir prendre en considération la compétence exclusive étrangère aboutira nécessairement à des décisions au cas par cas, entravant ainsi la sécurité et la prévisibilité juridique.

Enfin, l'introduction de cette réserve visant à respecter la compétence exclusive étrangère peut trouver son fondement dans l'esprit de coordination entre les systèmes juridiques. Alors qu'elle n'aboutit en réalité qu'à l'effet inverse. En effet, il est unanimement admis que *"la règle générale en matière de conflit de juridictions est la concurrence de fors. Cela signifie que l'on doit partir de l'idée selon laquelle outre les juges de son propre État, il existe d'autres juges*

¹³⁸⁰ L'article 32 CDIP dispose que: *"Le juge peut, dans la limite de sa connaissance et dans un délai raisonnable, rapporter d'office la preuve de contenu de la loi étrangère désignée par la règle de rattachement, et ce avec le concours des parties le cas échéant.*

Dans les autres cas, la partie dont la demande est fondée sur la loi étrangère, est tenue d'en établir le contenu.

La preuve est établie par écrit y compris les certificats de coutume.

Si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi, il sera fait application de la loi tunisienne.

Le principe du contradictoire doit dans tous les cas être respecté".

¹³⁸¹ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 71.

(d'autres États) éventuellement compétents pour trancher le même litige"¹³⁸². Il est aussi unanimement admis que "le caractère exclusif donné aux fors pour certaines matières apparaît ainsi comme exceptionnel, ce qui conduit à restreindre leur domaine d'application"¹³⁸³.

Il s'ensuit, que les rédacteurs de l'avant projet se soucient de l'applicabilité d'une compétence exceptionnelle. On rappelle la déduction faite que l'intention qui se révèle timidement de l'article 6 du nouveau projet, que le principe admis entre les rédacteurs est celui de l'unité successorale concernant la compétence internationale. L'appel au respect de la compétence exclusive étrangère est révélateur de cette intention.

On peut penser essentiellement à deux arguments pouvant justifier cette règle. Le premier se rapporte à l'effectivité des décisions judiciaires tunisiennes dans le for étranger. Bien qu'il soit souvent invoqué, cet argument est très faible car il semble partir de deux évidences: que la compétence exclusive ne peut être envisagée qu'en matière immobilière et que l'éventuelle ineffectivité des décisions tunisiennes n'a pour cause possible que l'exception de la compétence exclusive étrangère. Or, ces deux éléments sont loin d'être évidents.

Pour le premier élément, on donne l'exemple de l'article 5 du Règlement européen qui prévoit une compétence exclusive sur l'ensemble de la succession, et non seulement sur les immeubles en cas d'accord d'élection de for. Cet article dispose dans son premier alinéa que: "*Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession*".

Pour le second élément, l'ineffectivité d'une décision tunisienne peut avoir pour autre cause, outre son éventuelle intervention dans le champ d'une compétence exclusive étrangère, la simple contrariété à l'ordre public

¹³⁸² D. P. F. ARROYO, "Compétence exclusive...", précité, p. 37.

¹³⁸³ Ibidem.

international du for étranger. Que faire dans ce cas? Doit on se dessaisir au motif du respect de l'ordre public international étranger?

Le deuxième argument auquel on pourrait penser, est le souci de coordination. Mais il s'agit dans ce cas d'une coordination excessive, surtout si l'ordre juridique étranger ne prévoit pas le même traitement à l'égard de la compétence exclusive tunisienne. Trop de coordination, tue la coordination.

La conclusion qui pourrait être tirée, est que la compétence exclusive n'est en fin de compte qu'une entrave sérieuse à la libre circulation des décisions étrangères et à la coordination entre les systèmes juridiques, dont l'unique perdant est le justiciable.

II- L'élargissement exorbitant de la compétence internationale aux dépens de la coordination

489. Outre l'exclusivité de la compétence, d'autres éléments peuvent freiner la coordination entre les systèmes juridiques en matière successorale lors de la résolution des conflits juridictionnels et législatifs.

En droit tunisien, l'élargissement de la compétence internationale est essentiellement l'œuvre de la loi.

Le dispositif juridique régissant la compétence internationale en droit tunisien se compose de deux types de règles de conflits juridictionnelles: des règles à vocation générale et des règles spéciales.

490. Les règles générales de compétence internationale sont celles qui s'appliquent à toutes les actions quelle que soit la nature de la contestation, civile ou commerciale et quelle que soit la nationalité des parties. Le code prévoit trois rattachements généraux de la compétence: l'existence du domicile du défendeur sur le territoire tunisien¹³⁸⁴, la volonté des parties¹³⁸⁵ et le lien de connexité¹³⁸⁶.

¹³⁸⁴ L'article 3 du code de DIP.

¹³⁸⁵ L'article 4 du code de DIP.

¹³⁸⁶ L'article 7 du code de DIP.

On rappelle que la règle d'*actor sequitur forum rei* est l'objet de l'article 3 du code de DIP qui dispose que: "*Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation, civile et commerciale entre toutes personnes quelle que soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie*".

491. Les règles spéciales font l'objet des articles 5 et 6 du code qui sont spécifiques à certaines catégories juridiques dont la matière successorale siège de l'article 6 paragraphe 3.

492. En présentant les chefs de compétence ordinaire des tribunaux tunisiens, une partie de la doctrine tunisienne distingue entre deux cas: lorsque le défendeur est domicilié en Tunisie et lorsque le défendeur n'a pas de domicile sur le territoire tunisien. Cette doctrine considère que le domicile du défendeur constitue le rattachement de principe en estimant que "*lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Tunisie, les juridictions tunisiennes sont en principe incompétentes. Elles le deviennent dans un certain nombre de cas dont certains se fondent sur la volonté des parties alors que d'autres se fondent sur les liens objectifs qui existent entre le litige et l'ordre juridique tunisien*"¹³⁸⁷.

En suivant ce raisonnement, la compétence internationale des tribunaux tunisiens en matière successorale est en principe fondée sur le critère de l'existence du domicile du défendeur sur le territoire tunisien. A défaut de domicile, on aura recours à la règle de l'article 6 paragraphe 3 (avec ses deux rattachements ambigus).

Cette position doctrinale doit être nuancée. En effet, le rapport entre les règles générales et les règles spéciales dans le code tunisien de DIP n'est ni un rapport hiérarchique ni un lien de principe et d'exceptions. Les critères spéciaux ont été édictés en vue de la prorogation de la compétence internationale des tribunaux tunisiens. A côté des critères généraux susceptibles d'application dans toutes les contestations civiles et commerciales, le législateur tunisien a ajouté d'autres critères spécifiques à certaines matières pour élargir le champ de la compétence de ses tribunaux.

¹³⁸⁷ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 162.

On ne peut pas qualifier les critères spéciaux tels que conçus par le code de DIP, de règles subsidiaires non plus. D'ailleurs, la coïncidence entre les critères spéciaux et les critères généraux est très envisageable en pratique. C'est le cas par exemple lorsqu'en matière successorale, le domicile du (ou des) défendeur (qui est généralement un héritier potentiel), ainsi que le dernier domicile du défunt sont tous les deux localisés sur le territoire tunisien. L'application de la règle subsidiaire suppose la vérification préalable de l'impossibilité de mise en œuvre de la compétence de principe, tandis que les règles spéciales dans le code de DIP tunisien s'appliquent même en présence des règles générales. Elles servent simplement d'appui au fondement juridique général de la compétence internationale du juge tunisien.

Cette conception de la compétence internationale est spécifique au droit tunisien. En droit anglais, vu la spécificité du système successoral impliquant la particularité de la procédure du règlement de la succession, la règle *d'actor sequitur forum rei* n'est pas applicable en matière successorale.

Pareillement en droit européen, le Règlement sur les successions est obligatoire à l'égard de tous les États signataires. Aucune règle de conflit interne ne doit concurrencer celles prévues dans le texte européen, afin d'assurer les objectifs de la coopération internationale entre les pays de la Communauté européenne tels que rappelés dans les considérants 1¹³⁸⁸ et 2¹³⁸⁹ du Règlement. Par conséquent, la règle générale attribuant la compétence internationale au tribunal du domicile du défendeur ne s'applique pas en matière successorale dans les pays parties au Règlement.

¹³⁸⁸ Le considérant 1 du Règlement prévoit ce qui suit: "*L'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. En vue de l'établissement progressif de cet espace, l'Union doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur*".

¹³⁸⁹ Le considérant 2 du Règlement prévoit que: "*Conformément à l'article 81, paragraphe 2, point c), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ces mesures peuvent comprendre des mesures visant à assurer la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence*".

493. La matière successorale est une matière assez complexe sur plusieurs plans: complexité de la nature juridique, divergence des rattachements admis par les ordres juridiques, dualité des systèmes successoraux, avec l'interférence de plusieurs données d'ordre culturel et religieux entraînant parfois une hostilité voire une aversion des systèmes juridiques les uns à l'égard des autres.

C'est pourquoi on suggère dans cette étude comparée portant sur une matière aussi complexe, de simplifier son régime juridique. La simplification implique nécessairement l'unicité du rattachement successoral. L'impératif de coordination et de coopération exigent que chaque ordre juridique se reconnaisse un champ d'intervention raisonnable. L'élargissement de la compétence, par quelque moyen que ce soit, n'est que la manifestation d'un égoïsme juridique. Les cas de prorogation de la compétence ne doivent normalement servir qu'à certains impératifs opportuns tel que la prévention du risque de déni de justice ou bien la protection de certains intérêts fondamentaux des particuliers.

Partant de ces considérations, la coordination entre les systèmes juridiques exige du droit tunisien de limiter le champ d'intervention de la règle générale de l'existence du domicile du défendeur sur le territoire tunisien, en l'écartant en matière successorale. Cette suggestion n'est pas fondée sur l'idée de s'identifier ou de copier les solutions d'un système donné. Le fondement est beaucoup plus raisonnable et objectif: dans chaque règle de conflit, il faut chercher le centre de gravité de chaque rapport juridique afin de déterminer le rattachement pertinent et significatif qui doit régir la situation internationale. Il a été déjà établi que deux éléments centraux caractérisent la succession vu sa nature hybride: la personne du défunt et les biens successoraux. Il a été aussi démontré¹³⁹⁰, que c'est par rapport à la personne du *de cuius* et non pas à celles des héritiers que doit être fixé le rattachement de la règle de conflit. Or, dans une action portant sur une succession internationale, le (ou les) défendeur est nécessairement l'un (ou les) des héritiers potentiels (la qualité doit être vérifiée ultérieurement par le juge). Donc, en application de l'article 3 du code de DIP, c'est le domicile de l'héritier

¹³⁹⁰ Il est aussi unanimement admis par les trois législations comparées que c'est la personne du défunt qui constitue le centre de gravité de la relation successorale.

qui va servir de rattachement du litige à l'ordre juridique tunisien. Cette règle contredit les considérations pour lesquelles a été écartée la personne de l'héritier lors de la recherche du critère de rattachement pertinent.

494. Dans l'une de ses décisions en matière successorale, le tribunal de première instance de Tunis a pris en considération cette multitude de rattachements en mettant en œuvre les deux critères du domicile du défendeur et de la volonté des parties¹³⁹¹, bien qu'il n'ait pas reconnu la compétence du tribunal tunisien, car le défendeur a présenté la preuve attestant qu'il avait son domicile en Italie¹³⁹². On en déduit que dans le cas contraire, s'il a été établi que le défendeur avait son domicile sur le territoire tunisien, le tribunal aurait déclaré sa compétence de connaître du litige en question sur la base de la règle d'*actor sequitur forum rei*.

495. Il va sans dire, que la règle du domicile du défunt établit une compétence excessivement large en matière successorale. Théoriquement, cette règle pourrait aboutir à reconnaître la compétence des tribunaux tunisiens sur la base de l'existence du domicile de l'un des défendeurs sur le territoire tunisien, alors qu'il n'existe aucun autre rattachement objectif entre le litige successoral et l'ordre juridique tunisien. C'est pourquoi, le droit tunisien doit rétrécir le champ d'application de la compétence générale fondée sur le critère du domicile du défendeur en vue d'une meilleure coordination internationale entre les systèmes

¹³⁹¹ Spécialement le soulèvement de l'exception d'incompétence du juge tunisien *in limine litis* sur la base de l'existence du domicile du défendeur en dehors du territoire tunisien (en Italie).

¹³⁹² Affaire *Naâs*, TPI de Tunis, jugement n° 9296, du 21/02/2000, inédit (Annexe n°10)
 "و حيث ثبت بالإطلاع على مظاهرات الملف أن المطلوب ع. النعاس و هو طرف في العقود المراد إبطالها هو لبيبي الجنسية و هو مقيم بإيطاليا الذي يعتبر مقره الأصلي إعمالاً للفصل 7 م م م ت و هو ما يستفاد من شهادة الإقامة المدلى بها فضلاً عن أنه سبق للمدعين أن قاموا ضده لدى القضاء الإيطالي اعتباراً إلى أن إيطاليا هي مقره الأصلي بالإضافة إلى أنّ مناقشة المطلوب لاختصاص المحكمة هو رفض منه للتقاضي بالبلاد التونسية مما يجعل تبعاً لذلك شرطي الإقامة و قبول التقاضي لدى المحكمة التونسية منعدماً".

"Attendu qu'il a été établi, d'après les moyens introduits dans le dossier, que le défendeur A. Naâs, qui est aussi partie aux contrats dont on demande l'annulation, est de nationalité libyenne et réside en Italie qui est aussi son domicile réel en application de l'article 7 du CPCC. C'est ce qui ressort de l'attestation de résidence. Par ailleurs, les demandeurs l'ont déjà assigné devant le juge italien sur la base de l'existence de son domicile réel en Italie. De plus, l'invocation de l'incompétence du juge tunisien par le défendeur constitue un refus d'être jugé par le tribunal tunisien. Il s'ensuit que les deux conditions de la résidence et de l'acceptation de la compétence ne sont pas confirmés".

juridiques. Même si le cas peut s'avérer simplement hypothétique, la lisibilité et l'intelligibilité du droit successoral nécessitent le changement.

Ce changement s'impose eu égard surtout à la tendance de la jurisprudence tunisienne d'élargir sa compétence en matière successorale, qui a déjà été démontrée à travers son interprétation excessivement extensive des deux règles de conflit régissant la matière. A cause des failles juridiques de la législation régissant les successions internationales, les juges semblent chercher le rattachement qui aboutira à la désignation du tribunal tunisien et à la loi tunisienne.

Paragraphe deux: L'élément concurrent à la bilatéralité: la proximité

496. Le mécanisme concurrent à la méthode conflictuelle¹³⁹³, son rival éternel est le principe de la proximité. Cette théorie anglo-saxonne de *proper law* est la source première de l'insécurité et de l'instabilité des situations juridiques.

Parmi les innovations du code tunisien de DIP unanimement saluées par la doctrine est le rejet de la proximité qui est pleinement fondé pour assurer une meilleure coordination entre les systèmes juridiques.

497. Le principe de proximité "*exprime l'idée du rattachement au rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits*"¹³⁹⁴. Ses adeptes le justifient par "*son apparente objectivité*"¹³⁹⁵. Permettant de "*découvrir la solution de n'importe quel problème de conflit de lois*"¹³⁹⁶, la proximité assure "l'uniformité des solutions législatives, l'élimination des situations boiteuses, le respect des attentes légitimes des parties, la conciliation

¹³⁹³ P. LAGARDE, "Le principe de proximité...", précité, p. 29.

¹³⁹⁴ P. LAGARDE, "Le principe de proximité...", précité, p. 29.

¹³⁹⁵ Ibidem.

¹³⁹⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 184.

entre les intérêts des États, la justice de la règle de conflit de lois, et le remède au rattachement abstrait"¹³⁹⁷.

498. Parmi les applications très fréquentes du principe de proximité on cite les clauses d'exception, dites aussi clauses échappatoires¹³⁹⁸ ou d'exemption¹³⁹⁹. Cette technique juridique est relativement récente et constitue le fruit d'une élaboration doctrinale¹⁴⁰⁰. Elle est conçue comme une exception à la règle générale en vue d'échapper à son application lorsque cette règle générale produit des résultats incompatibles avec les principes qui la sous-tendent. Elle a une fonction corrective de la règle de conflit vu que "*le critère de rattachement n'exprime rien d'autre qu'une présomption simple de liens avec la loi qu'il désigne*"¹⁴⁰¹. Dite aussi "*clause de sauvegarde*"¹⁴⁰², elle a été introduite dans plusieurs instruments européens tel est le cas du Règlement sur les successions dans son article 21 paragraphe 2 précédemment étudié.

Les clauses d'exception sont de deux types: spéciales et générales. "*Une clause d'exception est spéciale lorsqu'elle touche un domaine particulier et ne s'applique pas d'une manière générale*"¹⁴⁰³ comme c'est le cas pour les clauses de sauvegarde générales.

499. La doctrine et les textes européens qui l'ont introduite rappellent le caractère exceptionnel de la clause d'exception et la nécessité de limiter son champ d'application de peur qu'elle ne se transforme en une règle générale¹⁴⁰⁴. Elle doit aussi intervenir lorsque les liens de la loi désignée par la règle générale avec la situation juridique en question sont très faibles¹⁴⁰⁵. La clause d'exception

¹³⁹⁷ Ibidem.

¹³⁹⁸ P. LAGARDE, "Le principe de proximité...", précité, p. 97.

¹³⁹⁹ A. ABBASSI, H. BAZRPACH, "Distinction between exception clause and exemption clause", in *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, 2016, p. 1906.

¹⁴⁰⁰ K. SIEHR, "General problem of private international law in modern codification. De lege lata and de lege ferenda", *Yearbook of Private International Law*, 7, 2005, p. 28.

¹⁴⁰¹ A. MEZGHANI, "*Commentaires...*", op. cit., p. 40.

¹⁴⁰² M. REVILLARD, "*Successions internationales...*", précité, p. 743.

¹⁴⁰³ L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 344.

¹⁴⁰⁴ F. KNOEPFLER, note sous jugement du Tribunal fédéral suisse, 2ème Cour civile, du 28 novembre 1991, *RCDIP*, 1992, p. 493.

¹⁴⁰⁵ S. BOUYAHIA, Thèse, op. cit., p. 299.

vient donc juste pour combler cette faiblesse puisqu'elle suppose la recherche des liens les plus étroits.

Or, la coordination exige la certitude, la sécurité et la stabilité du droit. Ces impératifs sont encore plus exigibles dans une matière source de complexité et de divergence. Telle que conçue, et malgré toutes les consignes de son bon fonctionnement, la proximité "réintroduit la casuistique"¹⁴⁰⁶ "redoutable pour celui qui s'y livre"¹⁴⁰⁷. Elle entraîne un raisonnement particulier pour chaque situation, suite à la libre appréciation du juge mettant en doute la solution juridique retenue. "La méthode de la *proper law* est exposée à un double déviationnisme. Le juge est en effet tenté soit de faire la part trop belle à la *lex fori* en n'appréciant pas de la même façon les intérêts gouvernementaux de l'État du *for* et ceux des autres États en présence, soit de prendre en considération la teneur des différentes lois en conflit. C'est le danger de la théorie de la "justice dans chaque décision" "¹⁴⁰⁸.

Cette méthode ainsi préconisée présente un danger certain à la sécurité juridique et aux intérêts et attentes légitimes des justiciables qui se trouvent ainsi gravement menacés. D'abord, elle porte le risque du *lex forisme* qui peut avoir des conséquences néfastes dans les systèmes juridiques qui ne sont pas familiers à cette méthode. En effet, "l'abandon de la clause d'exception entre les mains de juges non spécialisés fait peser un sérieux risque de retour au "statu quo ante". Usant de la flexibilité des rattachements, des juges peu rompus aux subtilités du droit international privé seraient tentés, à plus d'un titre, de revenir à la compétence de leur propre loi"¹⁴⁰⁹.

En réalité, on n'a pas besoin d'être "non spécialisé" pour tomber dans le risque du *lex forism*. La clause d'exception pourrait être une belle excuse, un

¹⁴⁰⁶ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 40.

¹⁴⁰⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 192.

¹⁴⁰⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 192.

¹⁴⁰⁹ S. BOSTANJI, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, Thèse, Dijon, 2000, p. 616.

"*alibi*"¹⁴¹⁰, pour écarter la loi normalement applicable qui peut s'avérer simplement incompatible avec certains choix du système du for, et dont l'appréciation sera aussi soumise à la libre appréciation du juge, avec le contrôle douteux de la Cour régulatrice, car il s'agit de contrôler les éléments de fait retenus par les juges du fond en vue de déterminer le système juridique avec lequel le litige entretient les liens les plus étroits¹⁴¹¹. "*Bien qu'elle ne soit pas un moyen permettant nécessairement un retour à la lex fori, la clause d'exception peut être facilement détournée par un juge "lex foriste"...*"¹⁴¹². Ce qui mènera au danger du favoritisme et "*conduit alors nécessairement à des discriminations et ressuscite indirectement du moins, le communautarisme*"¹⁴¹³, "*en débouchant sur l'application de la loi la plus favorable, de ramener la règle de conflit au rang d'une technique permettant d'habiller les solutions et de justifier a posteriori des idées préconçues*"¹⁴¹⁴. Ce sont ces fondements qui justifient le rejet par le législateur tunisien du principe de la proximité lors de l'élaboration du code de droit international privé.

500. Le rejet par le droit tunisien du principe de la proximité se manifeste par son hostilité à la clause d'exception dans ses deux variantes: S'agissant des clauses d'exception générales, c'est à partir du silence du législateur quant à leur admission que la doctrine tunisienne avait conclu à ce rejet¹⁴¹⁵. Cette interprétation part de la lecture combinée des deux articles 26¹⁴¹⁶ et 28¹⁴¹⁷ du code de DIP. En effet, en disposant que le juge doit faire application des règles de conflit prévues par le code, et que celles-ci sont obligatoires pour le juge, il ne

¹⁴¹⁰ L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 343.

¹⁴¹¹ S. BOUYAHIA, Thèse, op. cit., p. 405.

¹⁴¹² L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 343.

¹⁴¹³ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 85.

¹⁴¹⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 192.

¹⁴¹⁵ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 42.; L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 342.

¹⁴¹⁶ L'article 26 du CDIP dispose que: "*Lorsque le rapport juridique est international, le juge fera application des règles prévues par le présent code, à défaut de règles, il dégagera la loi applicable par une détermination objective de la catégorie juridique de rattachement*".

¹⁴¹⁷ L'article 28 du CDIP dispose que: "*La règle de conflit est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition.*

Dans les autres cas, la règle est obligatoire pour le juge, à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son application".

peut s'agir que du rejet des clauses d'exception générales qui sont conçues comme une exception aux règles prévues dans le code¹⁴¹⁸.

S'agissant des clauses d'exception spéciales, leur rejet par le législateur est déduit de leur champ d'intervention très limité¹⁴¹⁹. En effet, ce n'est qu'en matière de droit de travail que ce principe a été expressément consacré. L'article 67 du CDIP dispose dans son alinéa 2 que: "*Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs États, le contrat de travail est régi par le droit de l'État de l'établissement de l'employeur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail a des liens plus étroits avec un autre État, auquel cas la loi de celui-ci est applicable*".

Ce rejet du principe de proximité par le législateur ne peut être que salué dans la mesure où il permet de garantir l'objectif de coordination. En revanche, c'est un grand dommage qu'une clause d'exception soit introduite dans le Règlement européen, qui se veut révolutionnaire. La proximité n'est en réalité qu'un pas en arrière.

Section deuxième: L'élément écartant la bilatéralité: les lois de police

501. Les lois de police, dites aussi lois d'application immédiate¹⁴²⁰, ou d'application nécessaires¹⁴²¹, sont prévues par les trois systèmes comparés et par la majorité des ordres juridiques en général.

Une définition de la notion de lois de police s'impose pour délimiter son contenu et son champ d'intervention (**Paragraphe premier**) avant d'étudier son impact sur la coordination entre les systèmes comparés (**Paragraphe deuxième**).

¹⁴¹⁸ L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 343.

¹⁴¹⁹ Ibid., p. 348.

¹⁴²⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 151.

¹⁴²¹ M. FARGE, "Détermination du droit applicable", in *Droit de la famille*, sous la direction de PIERRE MURAT, Dalloz action, 8ème édition, 2020-2021, p. 1673.

Paragraphe premier: La notion de loi de police

502. C'est FRANCESKAKIS qui a eu le mérite d'introduire cette notion en droit international privé dans sa thèse datant de 1958¹⁴²². Il a commencé alors par l'expression "lois d'application immédiate" avant d'y préférer celle de "lois de police". Il définit ainsi ces lois comme étant celles dont "*l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale du pays*"¹⁴²³. Pour LEREBOURS-PIGEONNIERE, la loi de police suppose l'intervention d'un service public ou d'une autorité du for¹⁴²⁴. Les deux définitions ont été critiquées par LOUSSOUARN¹⁴²⁵. Il estime que la définition de LEREBOURS-PIGEONNIERE est trop étroite. Elle ne tient pas compte de tous les aspects de ces lois. Alors que la définition de FRANCESKAKIS se caractérise par son incertitude aboutissant à de "*lourdes conséquences*"¹⁴²⁶. "*Empreinte de subjectivisme*"¹⁴²⁷, elle ne précise pas le critère selon lequel les intérêts économiques et sociaux sont si impérieux qu'ils justifient l'exclusion de la règle de conflit, dans la mesure où toutes les lois de chaque État tendent à préserver ces intérêts. C'est pourquoi, il est impossible de considérer qu'il existe "*un bloc homogène des lois de police*"¹⁴²⁸ entraînant une casuistique inévitable pouvant dériver au risque d'arbitraire¹⁴²⁹.

503. En droit tunisien les lois de police sont régies par l'article 38 paragraphe 1 du CDIP qui dispose que: "*Sont directement applicables quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation*". Il appert de cet article, que le législateur tunisien adopte une définition

¹⁴²² PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.

¹⁴²³ PH. FRANCESKAKIS, Rép. Dalloz, Droit international, Conflit de lois n°137.

¹⁴²⁴ LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd., n° 320, p. 403.

¹⁴²⁵ Y. LOUSSOUARN, "Cours général de droit international privé", *RCADI*, 1973 II, p. 328.

¹⁴²⁶ Ibidem.

¹⁴²⁷ Ibid., p. 329.

¹⁴²⁸ Ibidem.

¹⁴²⁹ Ibidem.

fonctionnelle¹⁴³⁰ des lois de police en écartant la définition matérielle de FRANCESKAKIS suite aux critiques qu'elle a encourue.

504. Le droit européen consacre les lois d'application immédiate spécialement en matière successorale dans l'article 30 du Règlement qui dispose que " *Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession*".

505. La méthode des lois de police est conçue pour pallier à l'excès d'internationalisme car il met sur pied d'égalité la loi du for et la loi étrangère sans prendre en considération certains intérêts vitaux de l'État qui nécessite l'application immédiate de cette loi sans attendre le résultat de la mise en œuvre de la règle de conflit¹⁴³¹.

Paragraphe deuxième: Les lois de police, risque d'entrave à la coordination en matière successorale

506. BATIFFOL¹⁴³² admet que le phénomène des lois de police ne peut être ignoré. Cependant, l'intervention de ces lois doit être à titre strictement exceptionnel. Il doit être réservé aux cas où L'État intervient suivant les exigences de l'intérêt général. Les règles de conflit de lois doivent garder leur rôle de méthode de principe de règlement des litiges internationaux. En d'autres termes, ce sont les lois de polices qui doivent avoir le caractère résiduel et non pas la règle de conflit de lois. C'est pourquoi on affirme que le rôle des lois de

¹⁴³⁰ L. CHEDLY, "Lois de police et unilatéralisme", RJL, n°6, Juin 2001, p. 29.

¹⁴³¹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 541.

¹⁴³² H. BATIFFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *RCADI*, Vol. 139, 1973, pp. 138-141.

police est resté modeste, malgré la prise de conscience croissante de l'intégration des relations de droit privé dans l'ensemble de l'ordre social, économique et juridique de la nation¹⁴³³.

507. Les lois de police ont pour effet de perturber le fonctionnement normal des règles de conflit de lois et donc d'entraver la coordination entre les systèmes juridiques. La méthode bilatérale est caractérisée par sa neutralité coordinatrice entre les divers systèmes juridiques. Le législateur n'exprime aucune préférence ou exigence particulière lors de la désignation de la loi applicable. Alors que les lois de police sont animées par la politique de l'État dans un domaine bien donné. En effet, l'État entend imposer sa souveraineté et ses prérogatives de puissance publique dans des matières qu'il juge vitales pour la nation.

508. Pour mettre en œuvre les lois de police, le législateur tunisien n'exige qu'une seule condition: qu'elle soit "*indispensable en raison des motifs de sa promulgation*". Cela devrait donc inciter le for à déterminer à la fois les motifs et la portée des lois de police, dont l'appréciation sera dans plusieurs cas soumise au pouvoir discrétionnaire du juge. Le droit tunisien, comme l'écrasante majorité des systèmes juridiques, ne fournit pas "*un bloc de lois de polices*". On tombera donc dans le dilemme de la casuistique, et par conséquent dans l'insécurité juridique. La formulation de l'article 38 du CDIP est générale. La condition imposée par le législateur est très vague et donne lieu à plusieurs interprétations, parfois divergentes.

509. En application de cet article, on peut citer une loi qui revêt le caractère de loi de police en raison du motif de sa promulgation et qui pourrait si le cas se présente, écarter la règle de conflit normalement applicable. Il s'agit de la loi n° 69-56 du 22 septembre 1969¹⁴³⁴ relative à la réforme des structures

¹⁴³³ A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination and co-operation in respectful disagreement, General course on private international law", *RCADI*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2009, p. 409.

¹⁴³⁴ Loi n° 69-56 du 22 septembre 1969, relative à la réforme des structures agricoles, publiée au JORT du Mardi 23 Septembre 1969p.1141.

agricoles, telle que modifiée par la loi n° 97-33 du 26 mai 1997¹⁴³⁵, interdisant la propriété des étrangers des terres agricoles tunisiennes. L'interdiction est faite à la fois aux personnes physiques et morales. En effet, l'article premier de la loi de 1969¹⁴³⁶ précitée, dispose ce qui suit: "*Le droit de propriété des terres agricoles ne peut appartenir qu'aux personnes physiques de nationalité tunisienne, aux coopératives, aux personnes morales à caractère public, aux sociétés civiles et à responsabilité limitée dont tous les participants sont des personnes physiques de nationalité tunisienne et aux sociétés anonymes créées conformément aux dispositions de la loi n° 89-43 du 8 mars 1989 relative aux conditions d'exercice des activités agricoles par les sociétés anonymes*". Cet article traite du droit de la propriété d'un terrain à vocation agricole sans aucune distinction quant au mode de son acquisition (actes entre vifs, dispositions à cause de mort, ou par voie successorale).

Ainsi, il est strictement prohibé qu'une personne physique de nationalité étrangère puisse détenir des parts sociales ou des actions dans une société propriétaire d'un terrain agricole et ce quel que soit le mode de transmission de la propriété. Cette interdiction n'est pas récente et remonte à la loi n° 64-5 du 12 mai 1964 relative à la propriété agricole de la Tunisie¹⁴³⁷. Elle se base sur la conception historique de la souveraineté de l'État sur son patrimoine agricole¹⁴³⁸. En effet, "*à l'indépendance, il n'était pas aisé pour le nouvel État de "nationaliser" les terres agricoles appartenant aux étrangers. Ceci tenait à des*

¹⁴³⁵ Loi n° 97-33 du 26 mai 1997, modifiant la loi n° 69-56 du 22 septembre 1969 relative à la réforme des structures agricoles, publiée au JORT du Mardi 3 Juin 1997, p. 1008.

¹⁴³⁶ Tel que modifié en 1997.

¹⁴³⁷ Publiée au JORT du Mardi 12 Mai 1964, p. 575: L'article 1er de la loi du 12 mai 1964 dispose que: "*La propriété des terres à vocation agricole ne peut appartenir qu'à des personnes physiques de nationalité tunisienne ou à des sociétés coopératives constituées dans les conditions prévues par la loi n° 63-19 du 27 mai 1963*".

¹⁴³⁸ M. K. CHARFEDDINE, "L'étranger, propriétaire d'immeubles en Tunisie", in L'étranger dans tous ses états, Actes du colloque multidisciplinaire organisé en février 2005 par le laboratoire de droit des relations internationales, des marchés, et des négociations, sous la direction de FARHAT HORCHANI et SAMI BOSTANJI, p. 29.

considérations, avant tout, politiques: le rapport des forces ne permettait pas une telle procédure considérée, parfois, comme agressive"¹⁴³⁹.

Il s'en suit que l'action successorale visant le partage de parts sociales d'une société propriétaire d'un terrain agricole situé sur le territoire tunisien entre des héritiers de nationalité étrangère touche à la souveraineté de l'État sur son domaine agricole et à ses intérêts nationaux. Dans ce cas, la règle de conflit successorale devra être écartée et sera immédiatement appliquée la loi de 1969 telle que modifiée en 1997 interdisant l'appropriation des terrains agricoles par des étrangers. Concrètement, l'administration foncière tunisienne refusera la transcription de la décision étrangère ou de l'acte authentique étranger sur le registre foncier tunisien, lorsqu'ils ont pour conséquences juridiques d'accorder le droit de propriété d'une parcelle ou de tout un terrain agricole à un héritier de nationalité étrangère.

510. En droit européen, l'article 30 s'est inspiré de l'article 15 de la Convention de La Haye de 1989¹⁴⁴⁰. Les commentateurs du Règlement considèrent que sont visées les exploitations agricoles faisant l'objet de dispositions particulières en cas de décès du propriétaire ou de l'exploitant afin de garantir la continuité de l'exploitation ainsi que les entreprises et certaines "catégories spéciales des biens"¹⁴⁴¹. On en donne l'exemple du droit français dont l'article L.411-34 du code rural et de la pêche maritime dispose que: "*En cas de décès du preneur, le bail continue au profit de son conjoint, du partenaire avec lequel il est lié par un pacte civil de solidarité, de ses ascendants et de ses descendants participant à l'exploitation ou y ayant participé effectivement au cours des cinq années antérieures au décès*".

L'article 30 impose l'application de la loi de L'État de situation de certains biens à condition qu' "*en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle*

¹⁴³⁹ Ibidem.

¹⁴⁴⁰ L'article 15 de la Convention dispose que: "*La loi applicable en vertu de la Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certains immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'État de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale*".

¹⁴⁴¹ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 512.

que soit la loi applicable à la succession". Les commentateurs du Règlement considèrent que cette formule "*constitue l'un des éléments retenus pour caractériser dans les règlements européens les lois de police ou lois d'application immédiate*"¹⁴⁴². Mais ils attirent l'attention à la rédaction particulière de l'article 30 qui ne se contente pas de permettre l'applicabilité des lois de police des États membres. Il prévoit aussi un rattachement territorial spécifique à certaines catégories de biens soumises à des dispositions particulières¹⁴⁴³. On estime que l'article 30 "*ne constitue pas une autorisation générale permettant à un État membre de préférer ses lois d'application immédiate à la loi successorale*", vu la portée limitée de cet article qui ne concerne que certaines catégories de biens soumises à des dispositions nationales spécifiques¹⁴⁴⁴.

Mais cet article tel que rédigé, laisse la porte ouverte au risque d'arbitraire dans la mesure où la formulation de l'article 30 est assez large et peut concerner toute catégorie de biens, quelle que soit leur nature: meuble ou immeuble. Une loi étrangère, surtout si elle émane d'un État tiers, peut se trouver facilement expulsée si, à l'appréciation du juge, certains biens sont dotés d'un régime particulier imposant son exclusion.

Les commentateurs du Règlement relèvent aussi un inconvénient majeur de la règle de l'article 30. "*A nouveau l'unité de la loi applicable est mise en échec par le droit de l'État du lieu de situation*"¹⁴⁴⁵. En effet, cette disposition aboutira nécessairement au morcellement de la succession en soumettant une partie des biens au régime particulier du droit interne de l'État de leur situation. C'est pourquoi on rappelle l'obligation de l'interprétation stricte de l'article 30 imposée par le considérant 54¹⁴⁴⁶ du Règlement.

¹⁴⁴² Ibid., p. 521.

¹⁴⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁴⁵ M. GORE et R. DE GOURCY, op. cit., p. 1626; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 512.

¹⁴⁴⁶ Le considérant 54 du Règlement prévoit que: "*En raison de leur destination économique, familiale ou sociale, certains biens immobiliers, certaines entreprises et d'autres*

Chapitre deuxième: L'ordre public international, une entrave sérieuse à la coordination en matière successorale

511. Le soulèvement de l'exception de l'ordre public international est très fréquente dans les trois systèmes comparés en matière successorale. Les choix législatifs divergents se basant essentiellement sur des différences culturelles et religieuses, entraînent la répulsion et l'hostilité des ordres juridiques les uns à l'égard des autres sur plusieurs questions successorales.

512. En réalité, les trois systèmes partagent les mêmes valeurs humaines et universelles. Le droit tunisien n'est pas un droit confessionnel, bien que le droit musulman constitue l'une des sources de sa législation interne. Le droit européen et anglais se partagent les mêmes valeurs et mœurs. Ces valeurs peuvent être parfois choquantes pour l'ordre juridique tunisien, au même titre que l'inégalité successorale entre hommes et femmes par exemple, pour les systèmes occidentaux. Cependant, les divergences culturelles entre les systèmes comparés ne sont pas insurmontables. C'est l'absence de la volonté de concéder à certains clichés et préjugés qui constitue l'obstacle à la coordination. Ce refus de coopération ne trouve pas meilleur moyen que l'exception de l'ordre public international.

Un exposé préalable de la notion de l'ordre public international s'impose (**Section première**) avant d'étudier la mise en œuvre de cette exception en matière successorale dans les systèmes comparés (**Section deuxième**).

catégories particulières de biens font l'objet, dans l'État membre de leur situation, de règles spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci. Le présent règlement devrait assurer l'application de ces règles spéciales. Toutefois, cette exception à l'application de la loi applicable à la succession requiert une interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du présent règlement. Dès lors, ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci ni les règles de conflits de lois soumettant les biens immobiliers à une loi différente de celle applicable aux biens mobiliers, ni les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement".

Section première: Notion de l'ordre public international

513. La définition de l'ordre public international exige tout d'abord l'étude de sa consécration dans les systèmes comparés (**Paragraphe premier**), pour déterminer ensuite ses effets (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier: Consécration de l'exception de l'ordre public dans les systèmes comparés

514. Le Règlement européen consacre l'exception de l'ordre public dans l'article 35 qui dispose que: "*L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for*".

Il appert de cet article, que l'exclusion de la loi étrangère est la conséquence de la contrariété à l'ordre public interne de l'État membre en question. On se demande s'il y a lieu d'écarter la loi étrangère normalement compétente si elle est contraire à l'ordre public européen? Les commentateurs du Règlement répondent par l'affirmative en admettant que l'exception de l'ordre public peut être soulevée en cas de contrariété "*aux principes fondamentaux du droit européen notamment des droits de l'Homme*"¹⁴⁴⁷.

On s'est aussi demandé si c'est uniquement le juge qui doit soulever l'exception de l'ordre public ou bien toute autre autorité chargée du règlement successoral tel que le notaire? Le considérant 58¹⁴⁴⁸ du Règlement semble répondre par l'affirmative. Cela n'a pas empêché le débat doctrinal donnant lieu à deux positions contradictoires. La première considère que c'est uniquement le juge qui a l'aptitude de soulever cette exception. Le notaire n'a aucune autorité à

¹⁴⁴⁷ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 576.

¹⁴⁴⁸ Le considérant 58 du Règlement prévoit que: "*Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné (...)*".

écarter l'application d'une loi étrangère et n'a de ce fait qu'un rôle de conseil¹⁴⁴⁹. La deuxième position admet que le notaire, tout comme le juge, est dans l'obligation de soulever l'exception lorsque la loi étrangère s'avère contraire à l'ordre public du for¹⁴⁵⁰.

515. L'ordre public est défini "*comme un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi.*"¹⁴⁵¹. L'exception d'ordre public est consacrée "*pour tempérer la réception aveugle du droit étranger. Elle remplit une fonction de protection de l'ordre du for*"¹⁴⁵². La jurisprudence française considère que la fonction de ce correctif de rattachement est de protéger "*les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur absolue*"¹⁴⁵³.

516. En droit anglais, une étude doctrinale de la jurisprudence de *common law* révèle qu'elle applique trois grandes catégories de *public policy*¹⁴⁵⁴: les normes morales fondamentales, les normes de la communauté exprimées dans les lois et la *common law* et les normes de la communauté indépendantes des lois et de la *common law*¹⁴⁵⁵. Dans la première catégorie, les tribunaux invoquent les normes morales universelles ou les principes fondamentaux du droit

¹⁴⁴⁹ B. SAVOURE, "Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français", *La semaine juridique-Notariale et immobilière*, N°22, 1178, 29 mai 2015, p.87

¹⁴⁵⁰ L. PERREAU-SAUSSINE, "L'ordre public international: notion et conditions de mise en œuvre", *La semaine juridique - Notariale et immobilière*, n°29, 20 juillet 2018, LexisNexis SA, p. 24.

¹⁴⁵¹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 361.

¹⁴⁵² A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 77; L. PERREAU-SAUSSINE, "L'ordre public international: notion et conditions de mise en œuvre", article précité, p. 22.

¹⁴⁵³ Cass. 1ère civ., 25 mai 1948, *Lautour: RCDIP* 1949, p.89, note H. BATIFFOL.

¹⁴⁵⁴ K. CHNG, "A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws", *Journal of private international law*, Vol. 14, N° 1, 2018, p. 134.

¹⁴⁵⁵ Judge GOODRICH, *Foreign facts and local fancies*, 25 VA. L. Rev. 26, 33-34 (1938): "It is not that the foreign law does not seem so reasonable to the judge as his own good homemade precedent, but it must appear "pernicious and detestable" or, to borrow Mr. Justice Cardozo's always effective language, "violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal"".

international¹⁴⁵⁶. Dans la seconde catégorie, il s'agit des normes qui expriment des principes de moralité ou certains intérêts propres à la communauté particulière dans laquelle se trouve le tribunal. Pour déterminer le contenu de ces normes, les tribunaux tiennent souvent compte des lois locales et de la jurisprudence de *common law*¹⁴⁵⁷. La dernière catégorie de considérations d'ordre public invoquées par les tribunaux ne découle pas des normes morales universelles. Il s'agit des normes et des intérêts de la communauté dignes de protection par la doctrine de l'ordre public. Cependant, ces normes n'ont pas de lien direct avec une loi ou des principes de *common law* du for. A travers un examen de la jurisprudence, la doctrine a pu observer que les tribunaux ont parfois invoqué des normes dérivées des appréciations générales des juges sur les sentiments publics et les normes morales de la communauté, ou de leurs appréciations des intérêts de politique nationale, pour justifier l'application de l'exception de l'ordre public¹⁴⁵⁸.

La doctrine anglaise affirme que l'exception de l'ordre public n'est relativement pas assez développée en droit anglais¹⁴⁵⁹. Le sous-développement des règles anglaises d'ordre public international est souvent attribué à la prédominance de la *lex fori* en droit anglais dans certaines matières comme le droit de la famille ou le statut personnel¹⁴⁶⁰. La limitation de la portée de l'ordre public en droit international privé anglais n'est pas la conséquence de l'attitude internationaliste de l'ordre juridique anglais. Bien au contraire, c'est le résultat d'un for renfermé, replié sur lui-même et orienté vers le favoritisme qui conduit systématiquement à l'application de la loi du for dans de nombreux domaines où, dans d'autres pays comme la majorité des pays européens ou la Tunisie, le droit étranger est applicable. Le droit anglais laisse peu de place à l'application de la loi étrangère. C'est pourquoi, la jurisprudence anglaise ne trouve pas nécessaire le

¹⁴⁵⁶ K. CHNG, "A theoretical perspective of the public policy...", précité, p. 134.

¹⁴⁵⁷ Ibid., p. 136.

¹⁴⁵⁸ Ibid., p. 140.

¹⁴⁵⁹ N. ENONCHONG, "Public policy in the conflict of laws: a Chinese wall around little England?", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, July 1996, p. 637.

¹⁴⁶⁰ Ibidem.

recours à l'exception de l'ordre public ou à un autre mécanisme similaire pour évincer le droit étranger normalement applicable¹⁴⁶¹.

517. En droit tunisien, l'exception de l'ordre public est consacrée par l'article 36 du code de DIP. Le paragraphe premier dudit article dispose que: "*L'exception de l'ordre public ne peut être soulevée par le juge que lorsque les dispositions du droit étranger désigné s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique tunisien*".

518. Reste à préciser le critère de détermination des "*principes de justice universelle*", des normes morales fondamentales et des choix fondamentaux du législateur. Il va sans dire que même si théoriquement on peut relever quelques nuances mineures des termes utilisés par les systèmes comparés, la mise en œuvre de l'exception en pratique montre que le contenu des expressions utilisées dans les trois systèmes juridiques invoqués est presque identique.

La doctrine affirme "*l'idée qu'il n'est pas de matières d'ordre public, mais que chaque matière est plus ou moins truffée de dispositions d'ordre public*"¹⁴⁶². La matière de statut personnel reste le domaine de prédilection de l'exception d'ordre public¹⁴⁶³. Les divergences culturelles et religieuses caractérisant spécialement la matière successorale entraînent "*un défaut de communauté juridique entre la loi normalement compétente et la loi du for*"¹⁴⁶⁴. Ces divergences entraînent aussi dans plusieurs cas la variabilité du contenu de l'ordre public international des divers ordres juridiques. Ainsi certains auteurs procèdent à un "*échantillonnage*"¹⁴⁶⁵ de ce contenu: on admet, par exemple que l'union polygame et que le partage inégal de la succession sont des actes contraires aux "*bonnes mœurs*" et aux "*préjugés démocratiques*" du droit français. Mais le mariage homosexuel, l'adultère¹⁴⁶⁶ ou encore le concubinage ne sont pas

¹⁴⁶¹ Ibidem.

¹⁴⁶² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 363.

¹⁴⁶³ Ibidem.

¹⁴⁶⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 363.

¹⁴⁶⁵ Ibid., p. 362.

¹⁴⁶⁶ Avant 1975, l'adultère en France avait un caractère péremptoire constituant un juste motif pour demander le divorce. Depuis la loi du 11 juillet 1975, l'adultère a été

contraires aux "*bonnes mœurs*" et aux "*préjugés démocratiques*" du droit français par exemple. Bien au contraire, ces illustrations sont l'expression même du principe de la liberté individuelle. Inversement, ces exemples choquent les ordres juridiques arabo-musulmans qui sont des systèmes réservés, et heurtent leur pudeur vu qu'ils sont fortement protecteurs de la famille.

C'est pourquoi certains auteurs tunisiens estiment que la terminologie utilisée par le législateur "*n'est pas neutre*"¹⁴⁶⁷. Les "*choix*" expriment une volonté et doivent être dégagés à partir du droit positif dans son ensemble, en particulier pour le droit de la famille à partir du Code du statut personnel, de la Constitution et des instruments internationaux. C'est en ce sens que semble bien s'engager la jurisprudence"¹⁴⁶⁸.

519. Pour limiter l'intervention de l'exception de l'ordre public, certains systèmes juridiques exigent, pour certaines questions, l'existence d'un lien avec l'ordre juridique du for. On fait ainsi intervenir la notion de l'ordre public de proximité, par laquelle "*on vise le fait de conditionner dans un système juridique, la mise en œuvre de l'exception de l'ordre public, par la vérification que le rapport juridique est étroitement lié à l'ordre juridique du juge du for*"¹⁴⁶⁹. Envisagé comme "*un correctif au mécanisme de base de l'exception de l'ordre public*"¹⁴⁷⁰, il a été consacré notamment par la jurisprudence française¹⁴⁷¹, anglaise¹⁴⁷² et autrichienne¹⁴⁷³.

dépénalisé (abrogation des articles 336 à 339 de l'ancien code pénal français) et n'entraîne plus systématiquement le divorce.

Actuellement, l'adultère est considéré en droit civil comme une faute conjugale dont l'appréciation relève de la libre discrétion du juge.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 17 décembre 2015 (Civ. 1ère, 14-29.549, publié au *Bulletin*), a affirmé le principe selon lequel : "*L'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permet plus de considérer que l'infidélité conjugale serait contraire à la représentation commune de la morale dans la société contemporaine*"

¹⁴⁶⁷ K. MEZIOU, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, V° Législation comparée : Tunisie, Fasc. 4 : TUNISIE – Droit international privé, Date du fascicule : 1er Avril 2017, n° 27.

¹⁴⁶⁸ Ibidem.

¹⁴⁶⁹ L. CHEDLY, "Le principe de proximité...", précité, p. 348.

¹⁴⁷⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 384.

¹⁴⁷¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 17 février 2004, 02-11.618, Publié au bulletin, *RCDIP* 2004. 423, 1re esp., note P. HAMMJE; *JDI* 2004, 1200, note L. GANNAGE; *JCP*

520. Le droit tunisien a expressément rejeté l'ordre public de proximité dans l'article 36¹⁴⁷⁴ du code de DIP. Ce rejet a généré des positions doctrinales divergentes. La première position est celle de M. MEZGHANI hostile au principe de proximité. Il trouve que l'exclusion de l'ordre public de proximité est justifiée car *"il y a dans la mise en œuvre du principe de proximité l'expression d'une indifférence à l'égard de ce qui peut advenir aux autres"*¹⁴⁷⁵. La deuxième position est celle de feu M. A. HACHEM, estimant que: *"le respect de l'autre, la tolérance doivent conduire à utiliser l'exception de l'ordre public avec plus de souplesse et d'humanité, et ce, en prenant en considération les principes des autres ordres juridiques"*¹⁴⁷⁶.

521. Qu'il soit ordinaire ou de proximité, le recours à l'ordre public international a été largement critiqué. La doctrine française considère que *"l'absence de critère abstrait plus élaboré des divergences qui autorisent le recours à l'exception d'ordre public conduit à une conclusion décevante, mais inéluctable, à savoir l'impossibilité de toute énumération, de toute délimitation précise. Il en résulte une imprévisibilité et une part de subjectivisme que soulignent les auteurs et la jurisprudence"*¹⁴⁷⁷.

La doctrine anglaise a également critiqué l'exception de l'ordre public pour son incertitude¹⁴⁷⁸. Les critiques se décomposent en deux préoccupations

2004, II, 10128, note H. FULCHIRON; Cass. civ. 1ère, 14 mai 2014, n° 13-17124; LEFP juill. 2014, n° EDFP-514109-51407, p. 7, note A. GOSSELIN-GORAND.

¹⁴⁷² A. MILLS, "The dimensions of public policy...", précité, p. 211; Kahn-Freund, O., et al. "Reflections on Public Policy in the English Conflict of Laws", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 39, 1953, p.58.

¹⁴⁷³ F. HEINDLER, "Public policy and Islamic intestate succession law. On case no. 2 OB 170/18S of the Austrian Supreme Court of Justice", *Year Book of Private International Law*, Vol. 20, 2018/2019, p. 383.

¹⁴⁷⁴ L'article 36 paragraphe 3 du code de DIP dispose que: *"L'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige"*.

¹⁴⁷⁵ A. MEZGHANI, *Commentaires...*, op. cit., p. 86.

¹⁴⁷⁶ M. L. HACHEM, "Le code tunisien de droit international privé", *RCDIP*, Juin 1999, p. 237.

¹⁴⁷⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 366.

¹⁴⁷⁸ A. MILLS, "The dimensions of public policy...", précité, p. 202; M. G. PAULSEN & M. I. SOVERN, " "Public Policy" in the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, vol. 56, no. 7, 1956, p. 970.

distinctes mais liées. Premièrement, l'exception de l'ordre public implique un pouvoir discrétionnaire large et absolu, conférant un pouvoir excessif et non guidé au pouvoir judiciaire. Deuxièmement, les auteurs soulignent que lorsque les tribunaux décident d'appliquer ce correctif, il n'est pas toujours facile d'identifier à l'avance quel est réellement le contenu de l'ordre public ou quelles seront les conséquences de son application. Les objections portent sur l'imprévisibilité de la règle qui, en plus de soulever des inquiétudes quant à la rationalité et à la légitimité, risque d'altérer les attentes des parties¹⁴⁷⁹.

C'est pourquoi Les tribunaux anglais admettent l'exigence de la limitation de l'application de l'exception de l'ordre public en droit international privé. Ils insistent sur la nécessité d'une approche prudente, évitant l'exclusivité de la loi nationale et les préjugés impatientes lors de l'application du droit étranger¹⁴⁸⁰. La jurisprudence anglaise rappelle la nécessité d'adopter une attitude de bon sens, des bonnes manières, de tolérance raisonnable et faire preuve de la plus grande circonspection et retenue judiciaire¹⁴⁸¹. Une telle retenue est souhaitable, faute de quoi les règles de droit international privé risquent de perdre de leur importance et l'exception deviendrait la règle¹⁴⁸².

Tout comme le droit français et le droit tunisien, la jurisprudence anglaise ne fournit cependant pas de lignes directrices sur les limites à l'application de l'ordre public en droit international privé. Cela ne signifie pas seulement que les décisions des tribunaux sont imprévisibles, mais aussi qu'il est très difficile de trouver des raisons satisfaisantes pour critiquer toute application de l'ordre public¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁹ A. MILLS, "The dimensions of public policy...", précité, p. 202.

¹⁴⁸⁰ Ibidem.

¹⁴⁸¹ *Cheni v Cheni* [1965] P85; *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Co & Anor* [2002] UKHL 19.

¹⁴⁸² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 375.

¹⁴⁸³ A. MILLS, "The dimensions of public policy...", précité, p. 203.

522. L'absence des lignes directrices oblige donc les juges à raisonner au cas par cas¹⁴⁸⁴ entraînant le risque inévitable de l'insécurité juridique, de l'improbabilité des solutions judiciaires et de l'illisibilité de la règle juridique handicapant ainsi tout effort de coordination et de coopération internationale. "*Une telle coordination ne peut en effet se faire au mépris des intérêts fondamentaux dont l'ordre juridique français a la charge*"¹⁴⁸⁵ affirme la doctrine française. Alors qu'il sera démontré dans les développements qui suivent, que le défaut de communauté juridique, culturelle ou religieuse n'est dans la majorité des cas, que le résultat de préjugés et d'intolérance entre les divers ordres juridiques.

Paragraphe deuxième: Les effets de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes comparés

523. La majorité des systèmes juridiques distinguent entre l'effet plein (I) et l'effet atténué de l'ordre public (II).

I- L'effet plein de l'ordre public

524. L'expression "*effet plein*" de l'exception d'ordre public résulte de la réunion d'un double effet¹⁴⁸⁶: le premier est l'effet "*néгатif*"¹⁴⁸⁷ ou d'éviction qui constitue le but même du soulèvement de ladite exception. Il s'agit d'évincer la loi étrangère normalement applicable qui heurte les choix fondamentaux du for.

¹⁴⁸⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 362; F. HEINDLER, "Public policy and Islamic intestate...", précité, p. 391.

¹⁴⁸⁵ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception des institutions familiales du Maghreb", *La semaine juridique - Notariale et immobilière*, n°29, 20 juillet 2018, LexisNexis SA, p. 27.

¹⁴⁸⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 372; A. MILLS, "The dimensions of public policy in private international law", *Journal of private international law*, Vol. 4, N°2, August 2008, p. 208.

¹⁴⁸⁷ Ibidem.

L'éviction peut porter également sur les jugements et actes étrangers qui contrarient ces choix¹⁴⁸⁸.

525. En droit tunisien, l'éviction ne doit concerner que les dispositions dont le contenu est contraire à l'ordre public du for¹⁴⁸⁹. Les autres dispositions de la loi étrangère qui ne portent pas atteinte à l'ordre public du for doivent continuer à s'appliquer.

526. En droit français, la doctrine est départagée entre deux positions¹⁴⁹⁰. Selon une première partie majoritaire de la doctrine française, l'exception de l'ordre public doit être utilisée dans la mesure nécessaire à la protection des principes du for. Selon une seconde partie de la même doctrine, toute la loi étrangère doit être écartée afin d'éviter la multiplicité des lois applicables à une même situation juridique¹⁴⁹¹. Une étude doctrinale de la jurisprudence française a montré qu'elle a tendance à étendre le champ de l'effet de substitution parfois d'une manière excessive¹⁴⁹².

527. Quand l'éviction porte sur un jugement ou sur un acte étranger, ceux-ci ne produiront pas leurs effets dans l'ordre juridique du for. La décision étrangère contraire à l'ordre public ne sera pas reconnue ou exécutée. L'acte étranger ne sera pas non plus reconnu ou accepté.

Quand l'éviction porte sur la loi étrangère normalement applicable, un substitut doit être désigné. D'où le second effet dit "*positif*"¹⁴⁹³ ou de substitution, et qui oblige à déterminer la loi qui s'appliquera au lieu de la loi évincée.

¹⁴⁸⁸ L. PERREAU-SAUSSINE, "L'ordre public international...", article précité, p. 22; P. B. CARTER, "The rôle of public policy in private international law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, No. 1, Cambridge University Press, January 1993, p. 1.

¹⁴⁸⁹ En droit tunisien, l'article 36 paragraphe 3 du code de DIP dispose que: "*La loi étrangère n'est écartée que dans ses dispositions contraires à l'ordre public au sens du droit international privé tunisien*".

¹⁴⁹⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 373.

¹⁴⁹¹ Ibidem.

¹⁴⁹² Ibid., p. 373-375.

¹⁴⁹³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 372.

S'est posée la question de savoir: quelle loi doit substituer la loi étrangère écartée? Est-ce qu'on doit appliquer systématiquement la loi du for?

En droit tunisien, la réponse est affirmative et est expressément consacrée dans l'article 36 du code de DIP dans son dernier paragraphe¹⁴⁹⁴. La même solution est prévue en droit français¹⁴⁹⁵ et en droit anglais¹⁴⁹⁶. Dans d'autres systèmes juridiques, l'application de la loi du for semble ne pas être systématique, tel est le cas du droit allemand¹⁴⁹⁷.

II- L'effet atténué de l'ordre public

528. Cet effet est expressément consacré par l'article 37 du code tunisien de DIP qui dispose que: "*Sont reconnus en Tunisie les effets des situations régulièrement créées à l'étranger, conformément à la loi désignée par la règle de conflit tunisienne, s'il n'apparaît que ces mêmes effets sont incompatibles avec l'ordre public international tunisien*". La doctrine tunisienne affirme que l'introduction de cette règle reflète l'influence du législateur tunisien par la création jurisprudentielle française de l'effet atténué dans le célèbre arrêt *Rivière* émanant de la Cour de cassation française en date du 17 avril 1953¹⁴⁹⁸.

529. L'effet atténué est fondé sur l'idée du respect des droits acquis¹⁴⁹⁹ et "*consiste à reconnaître dans l'ordre du for les effets d'une situation régulièrement créée à l'étranger lorsque ces effets ne sont pas en eux même contraires à l'ordre public*"¹⁵⁰⁰. Contrairement à l'effet plein de l'exception de l'ordre public qui intervient pour empêcher la création d'une situation juridique

¹⁴⁹⁴ L'article 36 du code de DIP dernier paragraphe dispose que: "*Le juge applique les dispositions de la loi tunisienne au lieu des dispositions de la loi étrangère écartées*".

¹⁴⁹⁵ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 373.

¹⁴⁹⁶ A. MILLS, "The dimensions of public policy...", précité, p. 208.

¹⁴⁹⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 373.

¹⁴⁹⁸ A. MEZGHANI, Commentaires..., op. cit., p. 87; L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 530.

¹⁴⁹⁹ M. BEN JEMIA, *Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille*, Thèse pour le Doctorat d'État en Droit, présentée et soutenue publiquement le 21 novembre 1997, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, p. 360.

¹⁵⁰⁰ A. MEZGHANI, Commentaires..., op. cit., p. 87.

conformément à la loi étrangère pour sa contrariété aux choix fondamentaux du for¹⁵⁰¹.

La doctrine tunisienne¹⁵⁰² et française¹⁵⁰³ insistent sur l'idée selon laquelle l'effet atténué n'équivaut pas annulation de l'effet de l'ordre public, dans la mesure où les effets de la situation juridique régulièrement créés à l'étranger ne seront pas reconnus s'il s'avère qu'ils sont eux même contraires à l'ordre public du for.

530. L'article 37 du code de DIP admet donc les mêmes conditions d'application de l'effet atténué prévues par le droit français. La première condition exige que la situation juridique soit régulièrement créée dans un ordre juridique étranger. La deuxième condition oblige que la régularité de la situation soit appréciée conformément à la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for¹⁵⁰⁴.

L'étude de la mise en œuvre de l'effet atténué de l'ordre public par le droit tunisien et français, permet de déduire l'absence de lignes directrices permettant de déterminer les effets qui peuvent être reconnus dans l'ordre juridique du for. C'est donc une autre situation dans laquelle le juge sera amené à une casuistique mettant en péril la sécurité juridique et les intérêts des justiciables. En matière de successions internationales, l'intervention de l'ordre public international est très fréquente. Dans certains cas, cette intervention pourrait s'avérer abusive et excessive. Il serait alors judicieux d'étendre le jeu de l'effet atténué de l'ordre public dans certains cas qui ne présentent pas un danger réel aux choix fondamentaux du for. L'extension de l'effet atténué est donc le remède à l'effet perturbateur de l'exception de l'ordre public sur la coordination et la coopération internationale entre les systèmes juridiques.

¹⁵⁰¹ L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 528.

¹⁵⁰² Ibidem.

¹⁵⁰³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMILLERES, op. cit., p. 377.

¹⁵⁰⁴ Ibidem.

Section deuxième: La mise en œuvre de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes comparés

531. L'ordre juridique tunisien étant très influencé par le droit musulman en matière successorale, se trouve assez souvent face à des institutions qui heurtent ses choix fondamentaux (**Paragraphe deux**).

Les systèmes européens peuvent aussi se montrer intolérants à l'égard de certaines divergences qui pourraient heurter leurs choix fondamentaux. Des choix liés surtout au principe de la liberté qui serait très large face aux systèmes arabo-musulmans en particulier, dont la Tunisie (**Paragraphe trois**).

Mais il y a lieu de traiter au préalable d'une question qui constitue en réalité un point en commun entre les trois systèmes comparés et qui ne peut pas être traitée séparément dans l'un ou dans l'autre des systèmes. Il s'agit des effets successoraux du mariage polygamique (**Paragraphe premier**).

Paragraphe premier: L'ordre public et les effets successoraux du mariage polygamique

532. La polygamie est interdite dans les trois systèmes comparés. Cette interdiction est d'ordre public interne et international.

En droit tunisien, la qualité d'ordre public de cette règle découle de l'article 18 du CSP tunisien portant pénalisation de la polygamie en ces termes: *"La polygamie est interdite. Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi.*

Encourt les mêmes peines, quiconque, ayant contracté mariage hors des formes prévues par la loi n° 57-3 du 1er août 1957 (4 moharem 1377) réglementant l'État Civil, conclut une nouvelle union et continue la vie commune avec son premier conjoint.

Encourt les mêmes peines, le conjoint qui, sciemment, contracte mariage avec une personne tombant sous le coup des dispositions des deux alinéas précédents.

L'article 53 du Code Pénal n'est pas applicable aux infractions prévues par le présent article". L'article 53 du code pénal tunisien régit les conditions d'atténuation et de sursis à exécution de la peine pénale. L'interdiction faite au juge de recourir aux dispositions de l'article 53 du code pénal démontre non seulement le caractère d'ordre public de la prohibition de la polygamie, mais aussi sa dimension juridique en tant que choix fondamental du législateur tunisien.

La même interdiction est aussi prévue par le droit anglais¹⁵⁰⁵. En droit français, l'interdiction de la polygamie en est l'œuvre de l'article 147 du code civil disposant que: "*On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier*". Il constitue aussi un principe d'ordre public interne dont la violation est passible d'une double sanction civile¹⁵⁰⁶ et pénale¹⁵⁰⁷.

533. Malgré la stricte interdiction de la polygamie, les trois systèmes reconnaissent certains effets de cette union.

¹⁵⁰⁵ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 15.

¹⁵⁰⁶ L'article 171-4 alinéa 1 du code civil français dispose que: "*Lorsque des indices sérieux laissent présumer que le mariage envisagé encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191, l'autorité diplomatique ou consulaire saisit sans délai le procureur de la République compétent et en informe les intéressés*"; l'article 171-7 alinéa 3 du code civil français dispose que: "*Lorsque des indices sérieux laissent présumer que le mariage célébré devant une autorité étrangère encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191, l'autorité diplomatique ou consulaire chargée de transcrire l'acte en informe immédiatement le ministère public et sursoit à la transcription*".

¹⁵⁰⁷ L'article 433-20 du code pénal français dispose que "*Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent".

534. En droit tunisien, s'est posée la question suivante: "*L'ordre public international peut-il s'atténuer en matière de polygamie?*"¹⁵⁰⁸

"*L'effet atténué de l'ordre public signifie que les unions polygamiques formées à l'étranger peuvent, à la condition de leur régularité internationale, produire les effets que notre ordre juridique estimera non contraires à son ordre public*"¹⁵⁰⁹. La doctrine tunisienne admet que doivent être reconnus uniquement les effets pécuniaires de l'union polygamique à l'exclusion des effets personnels telle que la cohabitation¹⁵¹⁰.

535. Les effets pécuniaires du mariage polygamique pouvant être reconnus dans l'ordre juridique tunisien sont principalement le droit à la pension alimentaire et les droits successoraux. C'est essentiellement le droit d'hériter de la seconde épouse qui a été abordé par la jurisprudence tunisienne à l'occasion d'une affaire introduite devant les tribunaux tunisiens et dans laquelle la Cour d'appel de Tunis¹⁵¹¹ admet que le mariage polygamique ouvre le droit à la seconde épouse à succéder à son mari. En effet, La Cour considère que "*tirer la qualité et l'intérêt pour agir d'une situation contraire à l'ordre public est conforme à l'article 37 qui autorise que de telles situations créées à l'étranger puissent en Tunisie y produire des effets successoraux. Ainsi, le second mariage célébré à l'étranger (en Libye) entre l'intimée et le défunt peut, malgré sa contrariété à l'ordre public, produire des effets en Tunisie, et donner à la Libyenne la qualité de veuve légitime au même titre que la Tunisienne et donc la qualité et l'intérêt à agir*"¹⁵¹².

¹⁵⁰⁸ M. BEN JEMIA, "L'ordre public international tunisien peut-il s'atténuer en matière de polygamie?", in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004, Éditions AB consulting, Tunisie, juillet 2006, p. 27.

¹⁵⁰⁹ Ibid., p. 29.

¹⁵¹⁰ Ibid., p. 34.

¹⁵¹¹ Cour d'appel de Tunis, n° 91565 du 13/12/2002; commenté par M. BEN JEMIA, "L'ordre public tunisien...", article précité, pp. 32-33; attendus cités en arabe dans: L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, op. cit., p. 536; et dans:

فاطمة الزهراء بن محمود و حسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، تونس، جوان 2016، ص. 188.

¹⁵¹² Attendu traduit en français par M. BEN JEMIA, "L'ordre public international tunisien...", article précité, p. 33.

La jurisprudence tunisienne a aussi reconnu un autre droit pécuniaire au profit de la seconde épouse qui est le droit de la veuve aux dommages et intérêts découlant d'un accident de la circulation entraînant le décès de l'époux polygame. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Sfax, celle-ci considère que: "*L'interdiction absolue de la polygamie par l'article 18 du CSP n'est opposable qu'aux tunisiens et n'a aucun effet sur les étrangers sauf en cas d'un deuxième mariage à célébrer devant les autorités tunisiennes vu sa contrariété à l'ordre public. Attendu qu'il a été établi que le défunt a laissé deux veuves auxquelles il était marié en application de sa loi nationale. Attendu qu'aux termes de l'article 39 du CDIP "Le statut personnel est régi par le droit national de l'intéressé. Si l'intéressé bénéficie de plusieurs nationalités, le juge retiendra la nationalité effective". Attendu que la doctrine de droit international privé définit le statut personnel du "sac à dos que porte la personne la où elle va". Attendu que par conséquent il est insoutenable de priver l'intimée de son droit au dédommagement moral tant qu'elle a réussi à établir sa qualité de conjoint"*¹⁵¹³.

536. Une partie de la doctrine tunisienne qui reconnaît le droit successoral à la seconde épouse, ne l'admet cependant pas pour l'époux¹⁵¹⁴. On estime que cette position est excessive et doit être repensée dans le sens où le droit du mari de succéder à sa seconde épouse ne constitue pas un effet contraire à l'ordre public tunisien lorsque l'époux est issu d'un pays autorisant la polygamie. Il s'agit d'un traitement inégalitaire et discriminatoire insoutenable. Il est absurde de

¹⁵¹³ محكمة الإستئناف بصفاقس، قرار عدد 89731 بتاريخ 28 ديسمبر 2021 (غير منشور): "حيث و إن منع الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية منعا مطلقا تعدد الزوجات فإن ذلك يهيم التونسيين بصفة مطلقة و لا تأثير له على غيرهم إلا لمن رغب في الزواج بأخرى أمام المصالح التونسية لمعارضة ذلك مع أحكام النظام العام. و حيث ثبت من أوراق ملف القضية أن الهالك ترك أرملتين تزوج منهما طبقا لقانون بلاده. و حيث جاء بالفصل 38 من مجلة القانون الدولي الخاص "تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي. و إن كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية. و حيث عرف فقهاء القانون الدولي الخاص الأحوال الشخصية للشخص بـ"حقيبة الظهر التي تتبع الشخص في أي مكان انتقل إليه".

و حيث لا يمكن و الحالة تلك الحديث عن عدم أحقية المستأنف ضدها في طلب التعويض لها عن ضررها المعنوي ما دامت قد أثبتت صفة القرين لديها".

Cour d'appel de Sfax n° 89731 du 28/12/2021, inédit (V. Annexe n°11), en notant qu'une erreur est survenue dans le texte de l'attendu: la Cour fait référence à l'article 38 du CDIP, alors qu'il s'agit des dispositions de l'article 39 du même code. (N.B. Le texte original de l'attendu est en langue arabe. La traduction est personnelle).

¹⁵¹⁴ M. BEN JEMIA, "L'ordre public international tunisien...", article précité, p. 35.

sanctionner le mari en le privant de son droit à succéder alors qu'il se trouve dans une situation tant légale que légitime et que son unique tort et que l'une des épouses avait laissé des biens sur le territoire tunisien. Si on admet la validité des deux mariages et que les deux produisent leurs effets successoraux dans l'ordre juridique tunisien au profit des épouses, on doit reconnaître le même droit successoral au mari polygame car cela prend deux pour contracter un mariage. Les deux parties au second mariage doivent en subir le tort et les avantages. Sans oublier le cas où la seconde épouse ne laisse aucun proche pour lui succéder. On donne l'exemple suivant: un égyptien contracte un premier mariage avec une tunisienne en ayant leur domicile conjugal en Égypte. Après quelques années, le mari égyptien contracte un deuxième mariage avec une égyptienne. Il va sans dire que dans cette situation, les deux mariages sont valides. Le premier mariage a été conclu dans le total respect de la loi tunisienne exigeant le certificat de célibat des ressortissants des pays autorisant la polygamie. Le second mariage a été conclu en Égypte et est conforme à la loi égyptienne. On ne peut admettre dans cet exemple l'existence d'une fraude caractérisée dans la mesure où aucun rattachement pertinent de la relation juridique n'a subi de changement frauduleux. Il est incontestable aussi que la loi pénale tunisienne ne peut s'appliquer à ce mari égyptien polygame, sa seconde épouse égyptienne ne peut être traitée de complice. Si l'épouse tunisienne décède, le mari a absolument tout le droit d'exiger sa part successorale de l'héritage au même titre que l'épouse égyptienne en cas de décès du mari.

537. La jurisprudence française¹⁵¹⁵ a aussi reconnu le droit à la seconde épouse à hériter de son mari polygame et fonde sa position d'une part, sur l'effet atténué de l'ordre public et d'autre part, sur la distinction entre la validité et les

¹⁵¹⁵ Cass. civ. 19 févr. 1963, (*Chemouni*), *GADIP*, n° 30-31; *RCDIP* 1963. 559, note G. H.; *Clunet* 1963. 986, note A. PONSARD ; Rec. gén. Lois 1963. 315, note G. DROZ ; Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980.

Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980 (*Beneddouche*), *RCDIP* 1980, 331, note H. BATIFFOL; *JDI* 1980, p. 327, note M. SIMON-DEPITRE; *D.* 1980, 549, 1^{re} espèce, note E. POISSON-DROCOURT.

Cour Appel de Paris, 22 février 1978, *RCDIP* 1978, 507, note H. BATIFFOL ; *Journ. not.* 1978, 1110, note G. DROZ ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 325, concl. P. FRANCK.

effets du mariage polygamique¹⁵¹⁶. En effet, c'est la loi successorale qui est compétente pour la détermination des successibles et de leurs droits, alors qu'il appartient à la loi personnelle uniquement de déterminer la qualité de conjoint¹⁵¹⁷.

Cette position jurisprudentielle ne semble pas être admise en présence d'une première épouse française. En effet, la Cour de cassation française a admis dans un arrêt ultérieur¹⁵¹⁸ que le mariage polygamique ne doit pas porter atteinte aux droits de la première épouse française qui évince donc la seconde épouse.

La jurisprudence ainsi que la doctrine française admettent que l'union polygamique ne doit pas porter atteinte aux droits successoraux des descendants¹⁵¹⁹ même en cas d'annulation du second mariage¹⁵²⁰.

538. Quant au droit anglais, on admet que le mariage polygamique doit être reconnu et traité comme un mariage en bonne et due forme¹⁵²¹. Sauf en cas de fraude, dans ce cas le mariage est nul (*invalid*)¹⁵²². Tout comme pour la jurisprudence tunisienne et française, la *High Court* anglaise admet que les mariages polygames d'un défunt décédé *ab intestat*, contractés conformément à la loi de son domicile, sont reconnus aux fins de la succession pour ses épouses. Celles-ci succèdent à ses biens immobiliers en Angleterre et au Pays de Galles, en vertu de l'article 46 de la loi de 1925 sur l'administration des successions (*Administration of Estates Act 1925*)¹⁵²³. La *High Court* justifie sa position en ayant recours à une jurisprudence antérieure¹⁵²⁴ admettant que la seconde épouse issue d'un mariage polygamique est une épouse du défunt ("*spouse of the*

¹⁵¹⁶ E. GALLANT, "Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire", note sous arrêt civ 1ère, 19 octobre 2016, n° 15-50.098, *RCDIP*, 2017/4, N°4, p. 536.

¹⁵¹⁷ F. SAUVAGE, "Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame après la loi du 3 décembre 2001", *Defrénois* 30 nov. 2003, p. 1470.

¹⁵¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988 (*Baaziz*), *RCDIP* 1989, 71, note Y. LEQUETTE.

¹⁵¹⁹ H. BATIFFOL, note sous C.A. Paris, 2^e ch., 22 février 1978, précité.

¹⁵²⁰ I. FADLALLAH, note sous T.G.I. Paris, 17 juin 1972, *RCDIP*, 1975.

¹⁵²¹ A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., p. 15.

¹⁵²² *Ibidem*.

¹⁵²³ *Official Solicitor to the Senior Courts v Yemoh and others* [2010] EWHC 3727 (Ch).

¹⁵²⁴ *Re Sehota (Deceased)* [1978] 3 All ER 385 per Foster J.

deceased") au sens de l'article 1er de la loi sur la provision pour la famille et les personnes à charge de 1975 (*Inheritance (Provision for Family and Dependents Act) 1975*).

Si les trois systèmes comparés se partagent la même position relative à la réception des effets successoraux des mariages polygames, la divergence demeure pour un nombre important de questions dont le traitement n'est pas impossible.

Paragraphe deux: Les cas de soulèvement de l'exception de l'ordre public international en droit international successoral tunisien

539. Plusieurs cas peuvent se présenter où le contenu de la loi étrangère se manifeste contraire aux choix fondamentaux de l'État: il s'agit des droits successoraux issus du concubinage (**I**), du mariage homosexuel (**II**), et de la disparité de culte (**III**).

I- Le droit du concubin à succéder

540. En étudiant certains systèmes occidentaux, il s'avère qu'ils n'accordent pas le même traitement au concubin quant à sa vocation successorale. Mais avant de traiter de la vocation successorale du concubin (**A**), il faut tout d'abord définir la notion de concubinage (**B**).

A- Définition du concubinage

541. Le concubinage est une union libre entre deux individus. Cette union peut être entre un couple hétérosexuel ou homosexuel. Cette situation, bien qu'elle ne soit pas conforme ni aux mœurs ni aux habitudes de la société tunisienne, ne lui est cependant pas étrange. Plusieurs tunisiens vivent dans des

unions libres, se comportant comme mari et femme sans lien légal de mariage. Cette union est aussi répandue dans la majorité des pays européens dont les systèmes comparés.

542. Le droit tunisien ne définit pas le concubinage. Cette notion n'apparaît dans aucun texte de loi. Mais, cette forme d'union est constamment assimilée par la jurisprudence tunisienne au mariage illégal et est de ce fait pénalement sanctionnée. Les juges ont souvent recours à l'article 36 de la loi n° 57-3 du 1er aout 1957 réglementant l'état civil disposant que: "*L'union qui n'est pas conclue conformément à l'article 31 ci-dessus est nulle. En outre, les deux époux sont passibles d'une peine de trois mois d'emprisonnement. Lorsque des poursuites pénales seront exercées, en vertu des dispositions de l'alinéa précédent, il sera statué par un seul et même jugement sur l'infraction et la nullité du mariage. Les époux, dont l'union a été déclarée nulle et qui continuent ou reprennent la vie commune, sont passibles d'une peine de six mois d'emprisonnement. L'article 53 du Code Pénal n'est pas applicable aux infractions prévues par le présent article.*"

La jurisprudence est unanime quant aux éléments constitutifs du délit de l'article 36 de la loi de 1957 précitée. Il s'agit d'être en union comme entre mari et femme, se manifestant surtout dans les rapports sexuels, la pension alimentaire et la cohabitation. Il s'agit définitivement, des éléments caractérisant le concubinage¹⁵²⁵.

543. En France, le Doyen CARBONNIER constatait qu'"*un couple vivait dans la pureté du non-être juridique; mais des désirs de droit se sont manifestés au-dedans de lui, ou au dehors, pour ou contre lui, dans la société, et voici que maintenant le non-droit va se réfugier dans le droit ou -mouvement inverse- le*

¹⁵²⁵ قرار تعقيبي جزائي عدد 14738 مؤرخ في 1986/10/09 ، نشرية محكمة التعقيب القسم الجزائري ع. 1 سنة 1987، ص. 317: "تثبت جريمة التزوج على خلاف الصيغ القانونية الوارد بها الفصل 36 من قانون الحالة المدنية، إذا حصلت بين الطرفين معايشة كاملة كمعايشة الأزواج بالمضاجعة و الانفاق و شراء الاكسية".
قرار تعقيبي جزائي عدد 3334 مؤرخ في 2001/01/09، نشرية محكمة التعقيب 2001، القسم الجزائري ص. 191: " لقيام جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية لا بد ان تكون هناك معايشة تامة بين الطرفين كمعايشة الأزواج خاصة فيما يتعلق بالمضاجعة و الانفاق و الاقامة تحت سقف واحد".

*droit envahira le non droit*¹⁵²⁶. Il expliquait ainsi l'évolution du concubinage qui est passé de la simple situation de fait à une situation de droit, voire à une institution réglementée.

En sollicitant le droit français par exemple, celui-ci définit le concubinage dans l'article 515-8 comme étant: "*une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*". Cet article est situé dans le chapitre II intitulé "Du concubinage" du titre XIII du livre premier du code civil. Ledit chapitre ne contient que cet article unique. Ceci montre l'absence d'un cadre juridique du concubinage en droit français bien qu'il l'ait défini. Ce qui semble pour certains "*synonyme de liberté, liberté de s'aimer, mais aussi de rompre*"¹⁵²⁷.

Bien que régis sous le même titre, le législateur français distingue entre deux notions: le concubinage et le pacte civil de solidarité (PACS). Ce dernier est défini dans l'article 515-1 du code civil français comme étant: "*un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*".

Il est bien aisé donc, de distinguer entre les deux notions. Le concubinage est une union de fait alors que le PACS est un contrat qui est enregistré aux bulletins de l'état civil. Ce dernier est défini comme étant un contrat. Mais, il a aussi une nature institutionnelle, puisqu'il est réglementé par le droit français. Il est frappé de certaines interdictions à peine de nullité¹⁵²⁸. Les parties à un PACS ont des obligations imposées par la loi¹⁵²⁹. De ce fait, on peut considérer que le PACS, tout comme le mariage, a une double nature: il est à la fois un contrat et une institution.

¹⁵²⁶ J. CARBONNIER, "Préface", in *Les concubinages, Approche socio-juridique*, sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI, édition CNRS, 1986, tome 1, p. 9.

¹⁵²⁷ A. DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé Tome 416, LGDJ, Paris, 2004, p.2.

¹⁵²⁸ Article 515-2 du code civil français.

¹⁵²⁹ Article 515-3 et suivants du code civil français.

Le concubinage est consacré dans d'autres systèmes occidentaux et est juridiquement encadré¹⁵³⁰. C'est le cas de la "*cohabitation légale*" du droit belge qui se rapproche du PACS français du fait qu'il est accessible à la fois aux couples homosexuels et hétérosexuels.

544. Contrairement au droit français, le droit anglais, ne définit pas la notion de concubinage. Par conséquent, cette relation n'est pas juridiquement encadrée.

Cependant, le système anglais connaît un autre contrat qui est le partenariat civil (*civil partnership*). Ce partenariat civil peut *a priori*, être assimilé au PACS du droit français. Cependant, il lui est différent sur plusieurs aspects.

Le "*civil partnership*" a été créé en Angleterre en 2004¹⁵³¹ pour permettre aux seuls couples homosexuels d'enregistrer leur union à l'exception de l'île de Man qui a étendu le régime de ce partenariat aux couples hétérosexuels. A la différence du PACS français, il reconnaît aux couples enregistrés les mêmes droits et obligations découlant du mariage et du divorce. Il offre en plus les mêmes avantages fiscaux, notamment pour les droits successoraux. De ce fait, le *civil partnership* n'est pas un simple contrat. C'est une vraie institution, au même titre que le mariage. Ainsi, on distinguait en Angleterre entre le couple homosexuel qui pouvait conclure un *civil partnership*, en réservant au couple hétérosexuel voulant officialiser sa relation, l'institution du mariage.

Depuis 2015, ce partenariat civil pourrait désormais, se transformer en mariage et ce par effet rétroactif même. Ce qui n'est pas le cas en droit français. Cette possibilité a été ouverte suite à l'entrée en vigueur de la loi autorisant le mariage homosexuel en Angleterre en 2014. Ainsi, à partir de 2014, les couples homosexuels avaient la possibilité, soit de conclure un partenariat civil soit de se

¹⁵³⁰ En Slovénie: la loi n°15 du 26 mai 1976 sur le mariage et les relations familiales; en Suède, les lois n° 232 du 14 mai 1987 sur la cohabitation maritale et n° 813 du 18 juin 1987 sur les cohabitants homosexuels.

¹⁵³¹ The Civil Partnership Act (CPA) 2004.

marier. Ce qui n'était pas le cas pour les couples hétérosexuels. Ce fait, non justifié au regard des couples hétérosexuels, a créé un sentiment d'injustice et de discrimination.

C'est ainsi, que la *Supreme Court of the United Kingdom* a été saisie par un couple hétérosexuel se battant depuis 2014 pour leur droit de vivre dans le cadre d'un *civil partnership* au même titre qu'un couple homosexuel¹⁵³². Dans les faits d'espèce, ledit couple réclamait de déclarer que les sections 1 et 3 du *Civil Partnership Act 2004* violaient leurs droits d'accéder au partenariat civil au même titre qu'un couple homosexuel, en application conjointe des articles 14 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵³³. Il demandait aussi la déclaration de l'incompatibilité desdites sections avec la section 4 du *Human Rights Act 1998*¹⁵³⁴.

¹⁵³² *Trinity Term* [2018] UKSC 32 *On appeal from: [2017] EWCA Civ 81*, Judgment given on June 27th, 2018, heard on the 14th and 15th of May 2018, published in the official site of the Supreme Court of the United Kingdom.

¹⁵³³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 04 novembre 1950 et entrée en vigueur le 03 septembre 1953.

L'article 14 de ladite convention dispose que: "*La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation*".

L'article 8 de la même Convention dispose que: "*1- Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

2- Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

¹⁵³⁴ Section 4 of the Human Rights Act 1998 states that: "*(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.*

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied— (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility."

La Cour suprême, après avoir rappelé la définition du *civil partnership* au sens du *Civil Partnership Act 2004*, a cité les dispositions de la section 3 de la loi sur le partenariat civil interdisant l'enregistrement si le couple n'est pas du même sexe, car le *civil partnership* n'a été créé que pour le couple homosexuel. La raison est qu'au moment des délibérations de ladite loi, le gouvernement et le Parlement ont considéré qu'il était inapproprié d'étendre l'institution du mariage au couple homosexuel, tout en leur reconnaissant l'accès aux mêmes droits et obligations y afférents.

En 2018, le gouvernement a décidé de n'opérer aucun changement au partenariat civil à cause de l'absence de consensus¹⁵³⁵. Ce qui révélait pour la Cour Suprême, l'intention du gouvernement de maintenir cette discrimination. Elle a fini, ainsi, par accepter les demandes des époux et déclarer les sections 1 et 3 du *Civil Partnership Act* incompatibles avec les articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans leurs dispositions prohibant l'accès d'un couple hétérosexuel au partenariat civil.

Malgré ce jugement, la discrimination entre les couples hétérosexuels et homosexuels est encore maintenue. Ainsi, le concubinage entre couples de sexes différents n'est actuellement, qu'une situation de fait en droit anglais. Cette union n'est cependant pas incriminée comme c'est le cas en droit tunisien. Mais, bien que permise, elle n'engendre aucun droit ni obligation entre les concubins encore moins des droits successoraux.

545. Cette différence de traitement du concubinage entre l'occident et le droit tunisien s'explique pleinement, voire évidemment. C'est toute la différence entre les systèmes musulmans réservés et les systèmes laïcs assez ouverts socialement. Mais, l'interdiction du concubinage en droit tunisien, ou plutôt par la jurisprudence tunisienne (vu l'absence d'un texte législatif exprès), n'est pas sans raison. En effet, cette prohibition, bien qu'elle trouve ses origines dans le droit musulman, a tout l'intérêt d'être car elle a un aspect protecteur. Il s'agit certes, de la protection de la famille, noyau de la société, mais surtout, de la

¹⁵³⁵ *Trinity Term* [2018], jugement précité, p.4.

protection de l'enfant et de la femme. Il est à noter à cet égard, qu'un tel phénomène est de nature à accroître le nombre de naissances hors mariage. Ainsi, vu l'absence de chiffres officiels, selon une étude de presse, la Tunisie compte la naissance de 1000 à 1200 enfants hors mariage par an¹⁵³⁶. Ces chiffres bien qu'ils ne soient pas officiels, montrent, cependant, l'importance du phénomène. Ces naissances courent de sévères sanctions d'ordre social liées à la nature réservée de la société tunisienne. C'est pourquoi, le nombre des enfants abandonnés ne cesse de s'accroître, bien que la Tunisie soit l'un des rares pays arabo-musulmans qui assurent la protection législative des enfants abandonnés et de filiation inconnue¹⁵³⁷.

Cela ne semble pas être un souci à l'autre rive de la Méditerranée. Le taux des couples vivant en concubinage est beaucoup plus important en Europe, engendrant la chute du nombre de mariages et la montée des naissances hors mariage¹⁵³⁸.

546. La vocation successorale *ab intestat* n'est pas reconnue entre concubins hétérosexuels ni en France (étant un exemple lié par le Règlement) ni en Angleterre. Mais, elle est parfois reconnue dans certains systèmes juridiques¹⁵³⁹. Par contre, rien n'empêche de prévoir un testament en faveur du concubin. La question qui se pose à cet égard: le juge tunisien appliquera-t-il la loi étrangère normalement compétente accordant le droit de succéder au concubin? Ne serait ce même sous l'effet atténué de l'ordre public international?

¹⁵³⁶ سناء الماجري، مقال بعنوان "قراءة 1000 طفل يولدون خارج اطار الزواج سنويا: «الأم العزباء» بين جديم المجتمع وقسوة القانون وتشرّد المولود"، منشور بموقع الجريدة الإلكترونية "الجمهورية" بتاريخ 01 مارس 2017.
¹⁵³⁷ Loi n° 98-75 du 28 octobre 1998, relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, modifiée par la loi n°2003-51 du 7 juillet 2003.

¹⁵³⁸ A. DEVERS, op. cit, p.2.

¹⁵³⁹ L'article 12 de la loi n°15 du 26 mai 1976 sur le mariage et les relations familiales dispose que "la cohabitation hors mariage, de longue durée, entre homme et femme, produit les mêmes effets juridiques que s'ils étaient mariés". (cité dans l'ouvrage de Alain Devers précité p.3).

B- La vocation successorale du concubin et l'exception de l'ordre public

547. Bien qu'il définisse le concubinage¹⁵⁴⁰, le droit français ne le régleme pas et ne lui attribue aucun effet. Il ne reconnaît pas la vocation successorale *ab intestat* au concubin. Ceci a pour certains auteurs, "*des raisons de fond et de preuve*:"

- *ceux qui ont choisi de vivre côte à côte, mais juridiquement étrangers l'un de l'autre, doivent, par respect de leur choix, être traités comme tels;*

- *des droits ne vont généralement pas sans devoirs, or le concubinage doit rester une aire de liberté, une union libre;*

- *on ne saurait asseoir une vocation héréditaire sur un lien dont, pour l'heure, aucune constatation légale sérieuse n'est organisée*"¹⁵⁴¹. Cependant, le concubin pourrait toujours hériter par voie testamentaire dans les limites de la quotité disponible s'il vient en concurrence avec les héritiers réservataires.

En droit anglais, le droit d'hériter n'est pas reconnu non plus au cohabitant hors mariage qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel. Ce qui est évident, puisqu'il ne reconnaît pas cette situation et ne la régleme pas. Cela n'empêche, tout comme le droit français, la possibilité de prévoir une succession testamentaire en faveur du concubin. Contrairement au droit français, le partenaire enregistré homosexuel survivant a les mêmes droits successoraux que ceux attribués au conjoint marié.

Pour le droit tunisien, l'incrimination jurisprudentielle du concubinage est la preuve même de la non reconnaissance du droit d'hériter au concubin, outre les autres raisons d'ordre social et religieux.

¹⁵⁴⁰ Le concubinage est défini dans le chapitre II intitulé "du concubinage" du titre XIII du livre Ier du code civil français.

¹⁵⁴¹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 131.

D'autres systèmes juridiques reconnaissent la vocation successorale *ab intestat* au cohabitant hors mariage¹⁵⁴² ou au partenaire enregistré survivant¹⁵⁴³.

Les échanges socio-économiques entre la Tunisie et l'Europe ne cessent de se multiplier. Il n'est pas rare actuellement de voir un couple dont l'une des parties est tunisienne vivant en concubinage dans l'un des pays de l'Europe (ou de l'occident d'une manière générale).

548. Il n'existe pas jusqu'à ce moment de jurisprudence tunisienne statuant sur la vocation héréditaire du concubin, que ce soit dans le cadre d'une succession testamentaire ou *ab intestat*. Il est opportun donc, d'envisager cette hypothèse et d'y répondre. Si, par exemple, le juge tunisien serait saisi de la succession d'un tunisien ayant son dernier domicile en France, sur la base de l'existence d'immeubles héréditaires sur le territoire tunisien (en application de l'article 6 paragraphe 3 du code de droit international privé). Celui-ci appliquera la loi tunisienne, étant la loi nationale du *de cuius*, aux termes de l'article 54 du code. Supposons que sa concubine, de nationalité française, s'introduit dans l'affaire, celle-ci, en application de la loi tunisienne, n'aura aucun droit successoral.

Si elle s'introduit en déclarant être bénéficiaire d'un testament et réclame ainsi sa part dans la succession (en droit tunisien, les legs à un non musulman ou à un étranger sont autorisés selon les articles 174 et 175 du CSP). Sachant qu'aux termes de l'article 87 du code du statut personnel, les legs sont payés en priorité par rapport à l'hérédité¹⁵⁴⁴. Le legs à un tiers est valable sans que le montant ne puisse excéder le tiers de la succession (article 179 du CSP).

¹⁵⁴² A. DEVERS, thèse précitée, n° 608.

¹⁵⁴³ Ibid., n° 607.

¹⁵⁴⁴ L'article 87 du code du statut personnel dispose que: " Les charges grevant la succession seront payées par ordre de priorité ainsi qu'il suit:

- a) les charges supportées par les biens réels composant la succession,
- b) les frais de funérailles et d'inhumation,
- c) les créances certaines à la charge du défunt,
- d) les legs valables et exécutoires,
- e) l'hérédité."

Le juge, doit il refuser d'accorder à la concubine la part dont elle est bénéficiaire par le biais d'un testament sur la base de la contrariété de la situation à l'ordre public international tunisien car le concubinage est pénalement sanctionné en Tunisie et vu l'assise musulmane de la loi successorale tunisienne?

En droit interne, il n'existe aucune interdiction liée à la qualité particulière de la personne bénéficiaire du testament. De ce fait, le juge tunisien ne devra pas ignorer la validité du testament en application du droit tunisien. Seulement, si le testament dépasse le tiers de la succession, le juge réduira la part de la concubine à la limite imposée par la loi tunisienne.

549. S'agissant du cas de la reconnaissance de la qualité d'héritier *ab intestat* au concubin par un système juridique étranger, en raisonnant avec le même cas de figure, le juge tunisien ne reconnaitra certainement pas la qualité d'héritier au concubin étranger du défunt tunisien tant que la loi tunisienne, loi applicable ne le permet pas.

Mais envisageons un autre cas. Si par exemple, le juge tunisien serait saisi de la succession d'un slovène ayant sa dernière résidence habituelle en Tunisie. La loi successorale slovène accorde au concubin les mêmes droits successoraux qu'au conjoint¹⁵⁴⁵. Aux termes de l'article 54 du code de DIP, la loi applicable est la loi nationale du défunt donc la loi slovène. En application de cet article, le juge devrait normalement accorder la qualité d'héritière *ab intestat* à la concubine slovène.

Admettons que ce défunt slovène avait laissé des enfants de nationalité tunisienne issus d'un premier mariage avec une femme tunisienne. Admettons aussi, que l'un d'eux s'oppose à l'application de la loi slovène et demande de

¹⁵⁴⁵ Selon l'article 10 de la loi successorale slovène, un homme et une femme non mariés qui vivent dans une communauté de vie de longue durée, héritent l'un de l'autre au même titre que deux époux, mais seulement s'il n'y a aucune raison pour qu'un mariage entre eux ne soit pas valable. Ces personnes héritent conformément à l'ordre de succession, de sorte que les héritiers de l'ordre de succession le plus proche excluent de la succession les personnes des ordres de succession suivants.

l'écarter en raison de sa contrariété à l'ordre public international tunisien qui sanctionne cette union de fait. Il demande ainsi l'application de la loi tunisienne en tant que loi du dernier domicile du défunt, en application, toujours de l'article 54 du code. A cet égard, il est très fort probable que le juge tunisien adopterait cette option. Une option qui lui est bien adéquate, face surtout à la mauvaise rédaction du texte qui lui laisse le libre choix entre les lois applicables sans en préciser le critère. Il choisira la loi qui ira bien avec ses croyances et ses principes. D'ailleurs, la jurisprudence en matière de succession internationale a montré que le juge cherchait, à tout moyen, à faire jouer le rattachement menant à l'application de la loi du for.

550. Cela ne semble pas être le cas du droit français. Selon une certaine doctrine, le juge français ne doit pas normalement soulever l'exception de l'ordre public international. En effet, si la jurisprudence française a accepté, sous l'effet atténué, les droits successoraux à plusieurs épouses survivantes en cas de mariages polygames, elle devrait normalement l'accepter pour le concubin monogame. La polygamie est toute aussi choquante que le concubinage¹⁵⁴⁶.

Dans ce cas, s'impose la question de la preuve de la relation de concubinage. L'existence de la cohabitation hors mariage et la validité du partenariat enregistré constituent des questions préalables¹⁵⁴⁷ à la question successorale. La Cour de cassation a affirmé dans l'arrêt *Djenangi*¹⁵⁴⁸, que cette question doit être régie, non pas par la loi successorale mais par la loi compétente selon le droit international privé français.

¹⁵⁴⁶ M. REVILLARD, *Droit International Privé et Européen: Pratique Notariale*, op. cit., n°961, p.549.

¹⁵⁴⁷ A. DEVERS, thèse précitée, n° 605.

¹⁵⁴⁸ Cass. 1ère civ., 22 avril 1986, *Djenangi*: JDI 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN. Selon la Cour: "*S'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être déterminée cette qualité*".

II- La vocation successorale du conjoint survivant d'un mariage entre homosexuels

551. Bien que plusieurs pays aient introduit le mariage pour tous dans leurs législations, son acceptation n'était pas assez aisée. La consécration de cette nouvelle institution n'est pas sans effets sur les relations entre la Tunisie (et les pays arabo-musulmans d'une manière générale) et les pays autorisant ce mariage. D'ailleurs, dès l'introduction du mariage pour tous en France, on a tout de suite pu assister à la célébration de mariages homosexuels franco-maghrébins. Ceci a donné naissance aussi à des débats jurisprudentiels et doctrinaux en la matière. C'est pourquoi il est opportun de présenter d'abord les régimes juridiques du mariage entre personnes de même sexe dans les systèmes comparés (A) avant de préciser l'impact de ces régimes sur les droits successoraux quand la relation est internationale (B).

A- Présentation des régimes juridiques du mariage homosexuel des systèmes comparés

552. Le mariage pour tous n'est pas un phénomène récent. Plusieurs pays européens l'ont déjà admis dans leurs législations¹⁵⁴⁹. La France¹⁵⁵⁰ et l'Angleterre¹⁵⁵¹ les a rejoint en 2013. En 2017, l'Allemagne a aussi rendu légal *Die Ehe für alle*¹⁵⁵² après un long débat. Treize pays européens ont donc autorisé le mariage pour tous, qui rejoignent d'autres pays dans le monde¹⁵⁵³. De ce fait, la communauté homosexuelle est passée de l'état d'un simple fait à l'état d'une

¹⁵⁴⁹ Aux Pays Bas par la loi du 21 décembre 2000, La Belgique par la loi du 30 janvier 2003, L'Espagne par la loi du 02 juillet 2005, La Suède par la loi du 1er avril 2009, La Norvège par la loi du 1er janvier 2009, Le Portugal par la loi du 8 janvier 2010, l'Islande par la loi du 27 juin 2010, Le Danemark par la loi du 15 juin 2012.

¹⁵⁵⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, publié au Journal Officiel de la République française n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁵⁵¹ Loi du 17 juillet 2013 précitée.

¹⁵⁵² Sur l'évolution du droit allemand sur la question du mariage pour tous: M. FRANCOIS, B. GAUDIN, C. JAEGEL et E. ROLAND, "*Die Ehe für alle*: quand l'Allemagne adopte le "mariage pour tous"", *La Revue des droits de l'homme*, Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Actualités Droits-Libertés 2018, mis en ligne le 02 janvier 2018, consulté le 30 avril 2019.

¹⁵⁵³ Comme le Canada, certains États des États-Unis, Le Brésil, L'Afrique du Sud...

institution légalement organisée. Cette communauté ne cesse de gagner un terrain considérable de légalité, malgré l'affirmation de certains que le nombre des pays ouvrant droit au mariage pour tous restent minoritaire¹⁵⁵⁴.

553. En France, avant l'introduction de la loi sur le mariage pour tous, certains prévoyaient la sanction de la nullité voire de l'inexistence d'un tel mariage vu qu'il touche à "*l'essence*" et "*à la nature même du mariage qui se définit comme l'union de l'homme et de la femme*"¹⁵⁵⁵. Sinon, si l'on pouvait admettre de ranger le mariage homosexuel dans la catégorie juridique du mariage au sens du droit français, on ferait face à l'obstacle de l'exception de l'ordre public international. Il était même inconcevable d'admettre l'effet atténué de l'ordre public. En effet, en droit français, le mariage homosexuel paraissait "*impensable*"¹⁵⁵⁶ qu'il s'agisse d'un couple étranger ou dont l'un des conjoints est de nationalité française.

Après l'admission du mariage pour tous, le législateur français a essayé d'y faciliter l'accès, même aux étrangers dont la loi nationale prohibe ladite union. C'est ce qui ressort du nouvel article 202-1 du code civil français¹⁵⁵⁷. La jurisprudence française est même allée jusqu'à l'affirmation que le mariage pour tous fait désormais partie des choix fondamentaux de l'État. Il est de ce fait, d'ordre public en matière internationale. Ainsi, la loi marocaine qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international français¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁴ H. FULCHIRON, "Le "mariage pour tous" dans l'ordre international: entre articulation et confrontation des normes", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015, Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions, p. 177.

¹⁵⁵⁵ H. FULCHIRON, "Le mariage homosexuel et le droit français: à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000", *Recueil Dalloz*, 2001, p.1628.

¹⁵⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁵⁷ L'article 202-1 alinéa 2 du code civil français tel que modifié par la loi n°2014-873 du 4 août 2014-art 55 dispose que: "*Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet*".

¹⁵⁵⁸ Cour d'appel de Chambéry, 22 octobre 2013, n°13/02258, *Dalloz* 2013, p. 2464; note H. FULCHIRON, *Dalloz* 2013, p. 2576; note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *Dalloz* 2014, p.1059; note J. J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dalloz* 2014, p. 1342, note J.

C'est pourquoi on s'est posé la question de savoir si cette position ne constitue-t-elle pas une violation des engagements internationaux de la France à l'égard de certains pays comme la Tunisie? Certains auteurs répondent par la négative. Ils rappellent que la France est liée à certains États par des conventions d'accession à l'indépendance par lesquelles Les États nouvellement souverains s'engagent d'appliquer la loi nationale aux ressortissants français sans que la France ne prenne un engagement réciproque. C'est le cas de la Tunisie, de l'Algérie, du Laos et du Cambodge. Contrairement aux conventions avec le Maroc, la Pologne et l'ex-Yougoslavie à l'égard desquels la France a pris un engagement réciproque. Elle s'est cependant, réservé le droit de soulever l'exception de l'ordre public¹⁵⁵⁹.

554. En droit tunisien, la simple relation homosexuelle est non seulement interdite mais elle est en outre, soumise à une sanction pénale objet de l'article 230 du CP¹⁵⁶⁰. C'est le cas aussi du reste des pays du Maghreb¹⁵⁶¹. On assiste toujours au prononcé de jugements incriminant cette relation. Les raisons de refus des rapports sexuels entre deux personnes de même sexe sont

HAUSER, *RTD civ.* 2014, p. 89. La décision a été validée par la Cour de cassation dans son arrêt civ., 1ère, 28 janvier 2015, FS-P+B+R+I, n° 13-50.059; note A. DEVERS et M. FARGE, *Droit de la famille*, Lexis Nexis; Ed Juris-Classeur, 2015, p. 63; note M. REVILLARD, *Defrénois*, 30 avr. 2015, p. 450, note L. GANNAGE, *La semaine juridique*, édition générale, n°12, 2015, p. 525.

¹⁵⁵⁹ H. FULCHIRON, "Le mariage pour tous" est d'ordre public en matière internationale", *Recueil Dalloz*, 2013, p.2576.

¹⁵⁶⁰ L'article 230 du code pénal dispose que: " la sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant 3 ans". Il est à noter que la version française diffère de la version arabe. Cette dernière faisant foi en Tunisie dispose ce qui suit:

" اللواط أو المساقفة إذا لم يكن داخلا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام".

La traduction conforme au texte arabe est la suivante: " L'homosexualité masculine et féminine, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant 3 ans".

¹⁵⁶¹ L'article 338 du code pénal algérien dispose que: " Tout coupable d'un acte d'homosexualité est puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 à 2000 dinars algériens".

L'article 489 du code pénal marocain dispose que: " Est puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 1000 dirhams, à moins que le fait ne constitue une infraction plus grave, quiconque commet un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe".

principalement d'ordre religieux, qui ont eu un impact sur le traitement social des homosexuels.

De ce fait, tout comme le concubinage, on ne peut envisager en Tunisie, l'acceptation de ce nouveau modèle de "famille". Le mariage pour tous est non seulement contraire à l'ordre public interne du fait de son incrimination, mais il est aussi contraire à la Constitution et aux choix fondamentaux du législateur quant à la protection de la famille. Celle-ci bénéficie d'une protection constitutionnelle au sein de l'article 7 de la Constitution de 2014 disposant que: "*La famille est la cellule de base de la société. Il incombe à l'État de la protéger*".

555. La valeur constitutionnelle de la famille n'est pas propre uniquement aux pays arabo-musulmans. Celle-ci est consacrée dans certains pays européens comme la Pologne ou la Hongrie. Ces derniers ont même inscrit dans leurs constitutions le principe de l'hétérosexualité du mariage. Ce qui est de nature à créer des tensions entre les systèmes juridiques appartenant à l'espace européen quant à la reconnaissance du mariage homosexuel et de ses effets¹⁵⁶².

Il est certain que, dans les pays arabo-musulmans et dans les pays occidentaux opérant un refus catégorique de ce mariage, l'exception de l'ordre public sera mise en œuvre. Cette exception devra ainsi, faire obstacle à la célébration et à la reconnaissance du mariage entre un tunisien et un étranger. Elle trouvera son fondement dans les nombreuses conventions internationales bilatérales la liant avec plusieurs pays européens. Citons par exemple la convention franco-tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale de 1972¹⁵⁶³ qui dispose dans son article 15 qu': "*En matière civile ou commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Tunisie sont reconnues de plein droit sur le territoire de l'autre État s'il est satisfait aux conditions suivantes: (...) d) la*

¹⁵⁶² H. FULCHIRON, "Le mariage pour tous" dans l'ordre international...", article précité, p. 178.

¹⁵⁶³ Convention entre la République tunisienne et la République française relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires et du protocole additionnel, signés à Paris le 28 juin 1972, publiée en Tunisie au JORT. 1974, p. 415 et en France au JORF. Du 17 mars 1974, p. 3076.

décision de contient rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet État". La même règle est aussi prévue dans la convention entre la République tunisienne et la République italienne relative à l'aide mutuelle judiciaire en matière civile, commerciale et pénale, à la reconnaissance et à l'exécution des jugements et des sentences arbitrales et à l'extradition¹⁵⁶⁴ (articles 3, 4 et 5 de la convention), ainsi que dans le traité entre la République tunisienne et la République fédérale d'Allemagne relatif à la protection et à l'entraide judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale ainsi qu'à l'arbitrage commercial¹⁵⁶⁵ (articles 27, 28 et 29 du traité).

556. Tous les pays rendant légal le mariage pour tous, ont attribué au conjoint homosexuel les mêmes droits successoraux qu'au conjoint hétérosexuel. Se pose ainsi la question évidente de la compatibilité de cette situation avec l'ordre public international tunisien. Peut on aussi, envisager des cas d'intervention de l'effet atténué de l'ordre public au sens de l'article 37 du code de DIP?

B- La vocation successorale du conjoint homosexuel et l'exception de l'ordre public international

557. Il est incontestable, que le mariage entre deux personnes de même sexe ne sera jamais reconnu sur le territoire tunisien. Des cas de fraude à la loi seront donc envisagés, comme c'est le cas pour le mariage polygamique. Ainsi, un tunisien pourrait se déplacer en France pour célébrer son mariage avec un français et s'évader ainsi de la loi tunisienne prohibitive. Bien évidemment, ce mariage sera reconnu sur le territoire français mais il est sans effets sur le territoire tunisien pour la double raison de la fraude à la loi et de la contrariété à l'ordre public international.

¹⁵⁶⁴ Publiée au JORT du 16-20 juin 1972 p. 825.

¹⁵⁶⁵ Publié au JORT du 28 avril - 1er mai 1970, p.489.

Il est certain aussi, que l'effet atténué de l'ordre public ne saurait intervenir quand l'une des parties à ce mariage est de nationalité tunisienne. C'est la position d'une partie de la doctrine tunisienne qui affirme qu'"il est quasiment certain que l'atténuation de l'ordre public ne pourra pas jouer en faveur d'une union entre personnes de même sexe, car les effets de cette union sont eux même contraires à l'ordre public"¹⁵⁶⁶. Cette union est tellement choquante qu'elle ne puisse bénéficier de l'effet atténué de l'ordre public. Le juge tunisien ne pourra pas, dans ce cas, attribuer le droit successoral *ab intestat* au tunisien mari homosexuel d'un défunt français.

Cette position s'appuie sur le fait que " *c'est l'effet lui-même qui contredit l'ordre public*"¹⁵⁶⁷. Or, cette justification est critiquable pour les raisons suivantes: d'abord, car l'effet dont il est question, est le droit successoral. Il est évident, que cet "*effet en lui-même*" ne contient rien de contraire à l'ordre public international. Il existe, par contre, certains effets du mariage entre personnes de même sexe qui pourraient s'avérer choquants: comme par exemple, l'obligation de cohabitation.

Le droit successoral n'est qu'un effet pécuniaire et n'a aucune répercussion d'ordre social ou pénal. La succession n'est qu'un mode de transfert de propriété du bien du patrimoine du défunt au patrimoine de l'héritier survivant. Le fait que cet héritier ait la qualité d'un conjoint homosexuel, ne doit en aucun cas perturber l'ordre public international tunisien, tant que la situation a été régulièrement créée à l'étranger et tant que la loi successorale applicable le permet.

Contrairement à l'obligation de cohabitation, qui a des effets sociaux et pénaux. Le fait de donner suite à ce droit, équivaldrait à accepter et à consolider ces situations sur le territoire tunisien. Or, ceci est contraire à l'ordre public interne et international, du fait de l'incrimination même de toute union

¹⁵⁶⁶ S. BEN ACHOUR, "La loi française du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous et les relations franco-maghrébines" in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et L. CHEDLY, éditions LATRACH, 2015, p. 164.

¹⁵⁶⁷ Ibidem.

homosexuelle. L'obligation de cohabitation, en tant qu'effet du mariage pour tous est dans ce cas, choquante, car elle est la manifestation même de l'acte incriminé.

Ensuite, si le conjoint réclamant le droit successoral est de nationalité tunisienne, la raison de refus de lui reconnaître des droits successoraux ne doit pas être la contrariété de cet effet en lui-même à l'ordre public, mais plutôt l'absence de la qualité de conjoint. Il est établi par la loi et la jurisprudence, que la détermination du statut personnel est, aux termes de l'article 39 du CDIP, du ressort de la loi personnelle de l'intéressé et ne fait pas partie du domaine de la loi successorale. C'est une question préalable sur laquelle doit être statué avant de se prononcer sur les droits successoraux. Ainsi, le tunisien qui réclamerait un droit successoral sur la base d'un contrat de mariage homosexuel, se verra refuser ce droit, non pas à cause de la contrariété du rapport à l'ordre public international, mais à cause de l'absence d'un lien matrimonial, ce mariage est sans effet sur le territoire tunisien, car la loi personnelle du conjoint homosexuel survivant (loi tunisienne) interdit ce mariage. Le tunisien conjoint homosexuel, n'a donc pas au regard du droit tunisien la qualité d'héritier. Le juge refusera d'accorder le droit successoral au tunisien conjoint homosexuel survivant, c'est aussi à cause de l'inexistence du mariage au regard de la loi applicable désignée par la règle de conflit en la matière.

Il est évident, que c'est à la loi successorale applicable de déterminer les personnes successibles du défunt, ainsi que l'ordre dans lequel ils sont appelés à hériter. Cette position est constante dans la jurisprudence et la doctrine française¹⁵⁶⁸ et est aussi, admise en droit tunisien. Alors que la preuve de l'existence et de la validité du lien matrimonial est de la compétence de la loi désignée par la règle de conflit régissant ce lien. On rappelle ici le principe édicté dans l'arrêt *Djenangi*¹⁵⁶⁹ et dans l'arrêt de la Cour d'appel de Sfax de 2021 précité.

¹⁵⁶⁸ Cass. Civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa*, RCDIP 1938, p.472, note H. BATIFFOL, GAJFDIP, n°16.

¹⁵⁶⁹ Arrêt précité, JDI 1986, p. 1025.

La validité du mariage quant au fond doit s'apprécier en droit tunisien, selon l'article 45 du code de DIP qui régit la matière. Il dispose que: " *Les conditions de fond du mariage sont régies, séparément, par la loi nationale de chacun des deux époux*". Or, l'altérité sexuelle est l'une des conditions de fond de la loi tunisienne, loi nationale du tunisien éventuel conjoint homosexuel. Sans cette condition, on ne peut parler de mariage. L'union homosexuelle entre un tunisien et un étranger ne pourra en aucun cas être qualifiée de mariage. Cette union ne pourra pas non plus attribuer la qualité de conjoint au partenaire homosexuel tunisien. En conséquence, celui-ci n'aura pas la qualité de successible *ab intestat*.

Pourra-t-il dans ce cas bénéficier d'un droit sur la succession de son conjoint par le biais d'un testament?

Dans ce cas, la réponse est sans aucun doute affirmative. Le testament doit impérativement être exécuté, quelle que soit la loi successorale applicable. Ce qui diffère, ce sont les règles de droit interne en matière de legs. En Tunisie, le legs à un tiers non héritier est valable dans la limite du tiers de la succession. L'excédent est soumis à l'approbation des autres héritiers *ab intestat*¹⁵⁷⁰. Le conjoint homosexuel survivant tunisien pourra même hériter, par testament, de tous les biens du *de cuius*, si celui-ci n'a laissé aucun héritier *ab intestat* et aucun créancier¹⁵⁷¹.

Cette position se justifie par le fait que la loi tunisienne sur le testament (le code du statut personnel) ne contient aucune disposition prohibitive liée à la nature des rapports unissant le testateur et le légataire. Le juge saisi de la succession du défunt étranger doit normalement être indifférent quant à la nature homosexuelle de l'union.

¹⁵⁷⁰ L'article 187 du CSP dispose que: " *Le legs fait à une personne autre qu'un héritier s'exécute sans le consentement des héritiers, s'il n'excède pas le tiers de la succession*".

¹⁵⁷¹ L'article 188 du CSP dispose que: " *Le testateur qui n'a pas de créanciers et qui ne laisse aucun héritier, peut léguer même la totalité de son patrimoine, nonobstant les droits successoraux du trésor*".

558. Est il possible de reconnaître les effets d'un mariage valablement conclu à l'étranger entre deux étrangers de même sexe? Admettons le cas d'un défunt français, ayant laissé un immeuble en Tunisie. Le juge tunisien saisi de la succession sur la base de l'existence de biens successoraux sur le territoire tunisien, devra-t-il reconnaître la qualité d'héritier au conjoint de même sexe et de même nationalité?

En consultant la position de la doctrine française avant la promulgation de la loi sur le mariage pour tous en 2013, certains auteurs étaient hostiles à la reconnaissance des effets du mariage entre personnes de même sexe, même sous l'effet atténué de l'ordre public. Cette position se justifiait par le fait que " *la situation juridique créée à l'étranger paraît intrinsèquement choquante au regard des principes du droit français. Le législateur n'a-t-il pas créé le Pacs parce qu'il a refusé d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels ?*"¹⁵⁷².

Il s'avère de cette position, que bien que le législateur français ait été assez tolérant à l'égard des couples homosexuels, le fait de leur autoriser le PACS et non le mariage, témoignait que l'altérité sexuelle du mariage constituait un choix fondamental de l'État.

Cette position est critiquable. En effet, si le législateur français était tolérant à l'égard des unions homosexuelles et qu'il avait mis à leur disposition un outil juridique pour concrétiser leur union et la légaliser, pourquoi serait il choqué d'un mariage homosexuel? N'est ce pas simplement une autre forme, ou encore un autre outil de concrétisation et d'acceptation des unions homosexuelles? Si on admettait qu'elle était contraire, en elle-même, à l'ordre public français, ceci ne devait qu'empêcher la création de cette situation sur le territoire français. Ce fait ne devait normalement pas freiner le jeu de l'effet atténué de l'ordre public, au moins s'agissant des droits successoraux.

Cette même doctrine invoquait l'exemple du mariage polygamique. Celui-ci, bien que contraire à l'ordre public français, pouvait bénéficier de l'effet

¹⁵⁷² H. FULCHIRON, "Le mariage homosexuel et le droit français", article précité.

atténué de l'ordre public, car il reste un mariage. Selon cette position, le mariage polygamique n'était pas aussi choquant que le mariage entre personnes de même sexe, car il respectait l'"essence"¹⁵⁷³ même du mariage comme étant une union entre l'homme et la femme.

Bien évidemment, cette position n'a plus qu'une valeur historique. Le droit français a non seulement introduit le mariage pour tous dans sa législation, mais a cherché à assurer son rayonnement. La jurisprudence l'avait même déclaré d'ordre public international.

Qu'en est-il du juge tunisien ?

Certainement, le mariage homosexuel est "*intrinsèquement choquant*" au regard des principes du droit tunisien. Mais, devrait-il l'être vraiment au point de lui refuser l'effet atténué lié au droit successoral précisément ?

Normalement, la réponse doit être par la négative. L'argumentation de cette position commencera par la reprise de l'ancienne position de la doctrine française qui semblait moins choquée par un mariage polygamique, que par un mariage homosexuel. Cet argument est critiquable, car il se fonde sur une appréciation subjective de la situation juridique. C'est pourquoi d'ailleurs, on admet que l'exception de l'ordre public est une source d'insécurité juridique. La situation est dans les deux cas contraires aux choix législatifs du pays. Les deux mariages doivent faire l'objet du même raisonnement juridique. Il s'agit de deux unions contraires à l'ordre public du for et également choquantes. Les deux unions sont régulièrement constituées à l'étranger. Dans les deux cas, au regard de son droit national, le demandeur a la qualité de conjoint. L'effet qu'on demande de reconnaître sur le territoire du for est un effet pécuniaire qui n'est pas susceptible de créer une situation illégale sur ce territoire à l'instar de la cohabitation. De ce fait, il n'y a absolument aucune raison pour un juge tunisien de refuser de reconnaître la qualité d'héritier à un conjoint homosexuel étranger

¹⁵⁷³ Ibidem.

dont le mariage est régulièrement célébré conformément à sa loi nationale applicable.

La situation ne s'est pas encore posée en droit tunisien. Concrètement, tout dépendra des principes du juge et de son ouverture aux droits étrangers. Même s'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le raisonnement du juge doit être objectif et doit être en harmonie avec ses précédents jurisprudentiels, sinon il violera le principe de la sécurité juridique. Le motif de la reconnaissance du droit successoral à l'épouse polygame, n'est pas car le mariage est dans son *essence* permis, mais c'est parce qu'elle a la qualité de conjoint conformément à son droit national. En aucun cas, la doctrine tunisienne n'a estimé que le droit successoral dans le cadre d'une union polygamique, était en lui-même contraire à l'ordre public. La même qualification doit donc subsister et ne doit pas varier selon le cas. C'est un raisonnement qui fait combiner plusieurs textes et outils juridiques qui sont permis par la loi. Ces mêmes outils doivent être pris en considération en raisonnement sur le cas du mariage homosexuel.

III- Les droits successoraux en cas de disparité de culte

559. Dans les systèmes juridiques européens, il est unanimement admis que les lois opérant des discriminations successorales sur la base de la religion sont contraires à leur ordre public interne ainsi qu'à l'ordre public européen¹⁵⁷⁴. La jurisprudence française ne semble pas assez développée en la matière¹⁵⁷⁵. C'est dans un arrêt datant de 1964 que la Cour de cassation française s'est prononcée sur la question en décidant que la discrimination successorale fondée sur la "*non appartenance à une religion déterminée*"¹⁵⁷⁶ est contraire aux principes du droit français dont notamment la liberté de conscience.

¹⁵⁷⁴ L. PERREAU-SAUSSINE, "L'ordre public international...", article précité, pp. 23-24.

¹⁵⁷⁵ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception...", précité, p. 29.

¹⁵⁷⁶ Cass. 1ère civ., 17 mars 1964, *Bull. civ. I*, n°505; JCP 1965, II, 13978, concl. LINDON, *Rec. Penant* 1965, p. 251, note LAMPUE.

560. En droit tunisien, le législateur ne s'est pas expressément prononcé sur la question de la disparité de culte en tant que cause d'indignité successorale à l'instar d'autres systèmes juridiques arabo-musulmans¹⁵⁷⁷. La seule disposition régissant les cas d'empêchement au droit de succéder et celle de l'article 88 du CSP disposant que: "*L'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité. Est exclu du droit de succéder, le coupable, qu'il soit auteur principal, complice ou faux témoin dont le témoignage a entraîné la condamnation à mort de l'auteur, suivie d'exécution*".

La version française de l'article ne constitue aucun problème particulier d'interprétation. Cette disposition ne prévoit qu'un seul motif d'empêchement qui est l'homicide volontaire. C'est la version arabe de l'article 88¹⁵⁷⁸, version officielle du pays, qui a suscité des interprétations contradictoires¹⁵⁷⁹ à cause de l'utilisation de la conjonction "*min*" (من) qui équivaut en français la préposition "parmi"¹⁵⁸⁰, bien que la doctrine affirme que c'est la version française qui exprime la volonté réelle du législateur¹⁵⁸¹.

561. Un aperçu historique de la promulgation du code tunisien du statut personnel permet de dégager que la question a fait l'objet d'un débat avant même son entrée en vigueur. Alors que le ministère de la justice affirmait que les rédacteurs du code de CSP se sont inspirés de la *Shariaa* et de ses multiples sources¹⁵⁸², *Cheikh* JAAEIT affirmait que ledit code contenait plusieurs

¹⁵⁷⁷ Exemples: l'article 587 de la loi égyptienne sur le statut personnel et l'article 6 de la loi égyptienne sur les successions; l'article 246 paragraphe B de la loi syrienne sur le statut personnel; l'article 350 de la loi yéménite sur le statut personnel; l'article 290 paragraphe 1er de la loi koweïtienne sur le statut personnel; l'article 228 du code marocain de la famille...

¹⁵⁷⁸ ينص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: " القتل العمد من موانع الإرث. فلا يرث القاتل سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

¹⁵⁷⁹ محمد الشرفي، "الأحوال الشخصية بين التشريع و القضاء و بين الإصلاح الهائل في الماضي و الإصلاح المنشود في المستقبل، في مجموعة أعمال مهداة إلى العميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي، 2008، ص. 433.

¹⁵⁸⁰ A. MEZGHANI, "La conjonction disjonctive...", article précité, p. 704.

¹⁵⁸¹ A. MEZGHANI, "Religion, mariage et succession: l'hypothèse laïque. A propos d'une (R) évolution récente de la jurisprudence tunisienne", in *Droits et culture*, Mélanges en l'honneur du Doyen YADH BEN ACHOUR, CPU, 2008, p. 351.

¹⁵⁸² Communiqué du ministère de la justice datant du 03 aout 1956, publié sur le site officiel du ministère: <http://www.justice.gov.tn>

dispositions contraires au droit musulman dont l'article 88¹⁵⁸³. Pareillement, treize juges du tribunal *Charaïque*¹⁵⁸⁴ (tribunal religieux musulman), ont publié une pétition collective dénonçant la contrariété de plusieurs articles du code de CSP avec le Coran, la *Sunna* et le consensus des *fuqaha* (doctrine musulmane) sur l'admission de la disparité de culte comme étant un cas d'indignité successorale. Contrairement au *Cheikh* MOHAMED MHIRI SFAXI qui considéra que le code ne contredisait en aucune disposition les impératifs du droit musulman¹⁵⁸⁵.

562. Une première position doctrinale¹⁵⁸⁶ appuyée par la jurisprudence¹⁵⁸⁷ a adopté une interprétation extensive de l'article 88 du CSP en admettant qu'il contient une liste non exhaustive des cas d'indignité successorale. Outre l'homicide volontaire, il faut admettre le cas de la disparité de culte. Cette position doctrinale est encore plus extensive. Malgré l'absence d'une jurisprudence affirmant la solution, certains auteurs considèrent que l'interdiction prive aussi les musulmans de l'héritage des non musulmans¹⁵⁸⁸.

Cette première position doctrinale et jurisprudentielle s'est fondée sur l'article 1er¹⁵⁸⁹ de la Constitution (de 1959) disposant que la religion de la

¹⁵⁸³ محمد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس 2004، ص 391

و ما بعد.

¹⁵⁸⁴ Pétition des Magistrats malékite et hanéfite du *Sharaa* du 11/9/1956 publiée au journal *l'istiqlal* du 14 décembre 1956.

محمد بوزغيبية : المرجع السابق، ص 392.

¹⁵⁸⁵ محمد بوزغيبية : المرجع السابق، ص 398 و ما بعد.

¹⁵⁸⁶ الشيخ يوسف بن يوسف، المواريث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان، سوسة،

1996، ص 128 و ما بعد.

فرج القصير، أحكام المواريث في القانون التونسي، دار الميزان للنشر، طبعة ثانية، سبتمبر 2001، ص 39.

¹⁵⁸⁷ Cass. civ. (*Houria*) n°3384 du 31 janvier 1966, *RJL*, juin 1967; *RTD*, 1968, p.114, note E. DE LAGRANGE; A. MEZGHANI, "Réflexions sur les relations du C.S.P. avec le droit musulman classique", *RTD*, 1975, II, p. 53; Cass. civ. (*Louise Charlotte*) n°10160, du 13/2/1985, *RJL*, 1993, n°9, p. 102; Cour d'appel de Tunis (*Kalthoum Rosaria*) n° 8488 du 14/7/1993, *RJL*, 1993, n°9, p. 120, note M. H. CHERIF; Cass. civ., n°3396 du 2/1/2001, *RJL*, n°1, 2002, p.203; cass. civ., n° 9658 du 8 juin 2006, *RJL*, mars 2009, p. 135; cass. civ., n° 4487 du 16/1/2007, *Annales des sciences juridiques*, 2007, p. 297.

¹⁵⁸⁸ فرج القصير، أحكام المواريث في القانون التونسي، مذكور سابقاً، ص 40.

¹⁵⁸⁹ L'article 1er de l'ancienne Constitution de 1959 disposait que: " *La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la République*".

république est l'Islam¹⁵⁹⁰ et a fait appel au droit musulman pour combler la prétendue lacune du droit tunisien en la matière¹⁵⁹¹. Il s'agit essentiellement de deux *hadiths* attribués au Prophète MOHAMED interdisant la succession entre deux personnes de religions différentes¹⁵⁹². S'est forcément posé le problème de la preuve de la religion des parties. Cette jurisprudence s'est basée sur un faisceau d'indices doctrinalement critiqué¹⁵⁹³: tel que le nom de l'intéressé apparaissant sur l'acte de notoriété, l'accomplissement de certaines pratiques religieuses, l'attestation du *Mufti*, etc.

Dans l'arrêt *Houria*, l'indignité successorale a été présentée comme un corollaire du mariage de l'intéressée à un étranger non musulman. En l'espèce, *Houria* s'est mariée en 1945 à un français. Suite au décès de sa mère en 1964, elle a exigé sa part successorale. Mais l'un de ses frères s'y est opposé au motif de l'acquisition de sa sœur de la nationalité française, celle-ci étant la nationalité d'un État non musulman. La Cour de cassation a considéré qu'un tel mariage est une présomption d'apostasie excluant l'intéressée de la communauté de l'Islam et constituant de ce fait un motif d'indignité successorale. Mais elle a cependant préservé son droit à la succession de sa mère au motif que l'apostasie est une exception quant au fond qui aurait du être invoquée devant les juges du fond¹⁵⁹⁴.

563. Dans d'autres décisions¹⁵⁹⁵, la jurisprudence a adopté la position contraire en refusant d'admettre la disparité de culte comme un motif

¹⁵⁹⁰ A. MEZGHANI, "Religion, mariage, et succession...", précité, p. 354.

¹⁵⁹¹ S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *RTD*, 2000, p.107.

¹⁵⁹² الإمام مالك، الموطأ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، 1985، ص 519: "حدثني يحيى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن علي بن حسين بن علي، عن عمر بن عثمان بن عفان، عن أسامة بن زيد، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يرث المسلم الكافر".

الإمام أبو داود سليمان، سنن أبي داود، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 334: "حدثنا مسدد، حدثنا سفيان، عن الزهري، عن علي بن حسين، عن عمرو بن عثمان، من أسامة بن زيد، عن النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يرث المسلم الكافر، و لا الكافر المسلم".

"حدثنا موسى بن إسماعيل ثنا حماد عن حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يتوارث أهل ملتين شتى".

¹⁵⁹³ A. MEZGHANI, "Religion, mariage et succession...", article précité, pp. 352-353.

¹⁵⁹⁴ En précisant que dans cette affaire, les juges du fond ont considéré que le code du statut personnel ne prévoyait pas l'indignité successorale sur la base de la disparité de culte.

¹⁵⁹⁵ TPI de Monastir, n°8179 du 1/11/1994, *RJL*, décembre 2002, p.105; Cour d'appel de Tunis, n° 82861 du 14/6/2002, *RJL*, décembre 2002, p. 75; TPI de Tunis, n° 7602, du 18/5/1999, *RTD*, 2000, p. 247, note A. MEZGHANI; Cour d'appel de Tunis, n°3351 du 4/5/2004, *RJL*, mars

d'empêchement à la successibilité. Elle se base sur plusieurs fondements. Elle se fie d'abord à la lettre de l'article 88 du code de CSP, sans évoquer le moindre débat relatif à la controversée conjonction "*min*" (parmi) et en considérant que la religion est une question immatérielle, morale et intime dont il est impossible de prouver¹⁵⁹⁶. Cette position évoque ensuite les principes de l'égalité et de la liberté de culte en se basant sur les articles 5¹⁵⁹⁷ et 6¹⁵⁹⁸ de la Constitution (de 1959)¹⁵⁹⁹. La jurisprudence¹⁶⁰⁰ rappelle aussi les principes consacrés dans les conventions internationales telle que la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948¹⁶⁰¹, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁶⁰², ainsi que le pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶⁰³.

564. En définitive, il s'avère qu'en droit tunisien, l'invocation de l'exception de l'ordre public pour disparité de culte est tributaire de l'intensité du référentiel religieux du juge saisi, ainsi que de son degré d'ouverture à l'autre. Il est incontestable que le droit positif ne reconnaît pas la disparité de culte comme une cause d'indignité successorale. Pour réaliser les objectifs de la coordination et de la coopération internationale, il est donc impératif que la jurisprudence

2009, p. 197; Cour d'appel de Tunis, n°120, du 6/1/2004, *RJL*, mars 2009, p. 187; *Clunet*, 4-2005, p. 1193, note S. BEN ACHOUR; cass. civ, n°31115, du 5/2/2009, *RJL*, mars 2009, p. 91, note M. GHAZOUANI.

¹⁵⁹⁶ TPI de Monastir, n°8179, précité.

¹⁵⁹⁷ L'article 5 de l'ancienne Constitution de 1959 disposait que: "*La République Tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'Homme dans leur acception universelle, globale, complémentaire et interdépendante.*

La République Tunisienne a pour fondements les principes de l'État de droit et du pluralisme et œuvre pour la dignité de l'Homme et le développement de sa personnalité.

L'État et la société œuvrent à ancrer les valeurs de solidarité, d'entraide et de tolérance entre les individus, les groupes et les générations.

La République Tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'il ne trouble pas l'ordre public".

¹⁵⁹⁸ L'article 6 de l'ancienne Constitution de 1959 disposait que: "*Tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi*".

¹⁵⁹⁹ Cour d'appel de Tunis, n° 82861, précité.

¹⁶⁰⁰ Cour d'appel de Tunis, n°3351, précité; cass. civ, n°31115, précitée.

¹⁶⁰¹ Articles 2, 16 et 18.

¹⁶⁰² Article 2, paragraphe 2 du pacte.

¹⁶⁰³ Article 2 paragraphe 1 du pacte.

adopte une position constante portant exclusion de la disparité de religion en tant que cas d'empêchement à la successibilité.

Paragraphe deuxième: Les cas de soulèvement de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes européens

565. Certains cas susciteraient le soulèvement de l'exception de l'ordre public par les juges des États européens. La Tunisie étant un pays arabo-musulman consacre certaines dispositions successorales qui pourraient heurter les choix fondamentaux des États européens. On cite d'abord, le cas de l'inégalité successorale **(I)**, de la méconnaissance de la réserve héréditaire en droit français **(II)**, ainsi que la méconnaissance du droit de l'enfant naturel et adultérin à l'héritage **(III)**.

I- L'ordre public dans les pays de l'Europe face à l'inégalité successorale

566. Malgré sa modernité et les modifications importantes manifestant un statut privilégié de la femme en comparaison avec d'autres systèmes arabes et musulmans, le code du statut personnel a gardé quelques dispositions discriminatoires en matière successorale. C'est le cas par exemple de la vocation successorale inégalitaire entre conjoints de sexe masculin et de sexe féminin¹⁶⁰⁴, et c'est le cas aussi du changement de la qualité de la (ou des) fille(s) héritière(s) selon qu'elle est (ou sont) unique(s) ou ayant un (ou des) frère(s)¹⁶⁰⁵ par la

¹⁶⁰⁴ C'est ce qui ressort de deux articles 94 et 95 du CSP.

L'article 94 CSP dispose que: "*Les bénéficiaires du quart sont au nombre de deux :*

1°) le mari, s'il y a avec lui des descendants pouvant avoir vocation à la succession de l'épouse,

2°) l'épouse, si le mari défunt n'a pas laissé de descendants pouvant avoir vocation à sa succession".

L'article 95 CSP dispose que: "*Le huitième est la quote-part de l'épouse si le mari défunt a laissé des descendants pouvant avoir vocation à sa succession".*

¹⁶⁰⁵ L'article 103 CSP dispose que: "*Trois cas se présentent pour les filles :*

1°) la moitié est attribuée à la fille quand elle est fille unique,

2°) les deux tiers sont attribués aux filles quand elles sont plusieurs (soit 2 ou plus),

technique dite de l'"acébisation"¹⁶⁰⁶. Ainsi en présence d'au moins un frère, la (ou les) fille(s) verra sa qualité changer d'héritière *fardh* (ou réservataire) à héritière *aceb* (ou universelle). C'est aussi l'exemple de l'article 119 paragraphe 2¹⁶⁰⁷ du CSP instaurant le partage inégal de la succession entre fils et filles.

567. En droit autrichien, la jurisprudence¹⁶⁰⁸ s'est prononcée sur la contrariété de telles règles discriminatoires à son ordre public international. En l'espèce, le défunt, de nationalité iranienne, décédait en 2013 ayant sa résidence habituelle en Autriche. Il a laissé sa femme et ses quatre enfants. La veuve, deux filles et un fils avaient tous leurs résidences habituelles en Autriche. La veuve était également de nationalité iranienne, tandis que trois de ses enfants avaient la nationalité autrichienne et iranienne. Un autre fils avait la nationalité iranienne et belge et résidait en Belgique. L'épouse était la bénéficiaire d'un testament établi par le défunt, rédigé en langue persane et daté du 12 décembre 2013. Ce testament n'était pas conforme aux exigences formelles de validité en vertu ni de la loi autrichienne ni de la loi iranienne car il n'était pas signé par le défunt mais seulement paraphé. De plus, lors de la rédaction du testament, le 12 décembre 2013, le défunt ne savait déjà pas lire. Ainsi, le testament lui a été rédigé puis lu par l'une de ses filles. Le tribunal de première instance a décidé que le testament était dépourvu des conditions formelles de validité. La Cour d'appel, se référant à la règle de conflit de lois de l'Accord d'amitié liant la République de l'Autriche et

3°) *quand elles interviennent en qualité d'héritières agnates de leurs frères. Dans ce cas, leur participation s'effectuera suivant le principe selon lequel l'héritier du sexe masculin a une part double de celle attribuée à un héritier de sexe féminin*".

¹⁶⁰⁶ Sur la question: B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral, Farâ'idh*, Éditions Litec, 1991, p.213 et suiv.;

عبد المنعم بن محمد ساسي العبيدي، أحكام المواريث بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي التونسي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، 2011، ص 391 و ما بعد.

¹⁶⁰⁷ L'article 119 paragraphe 2 dispose que: "*La fille est agnatisée par son frère. Elle héritera conjointement avec lui, soit de la totalité de la masse successorale, soit du reliquat, suivant la règle de l'attribution à l'héritier masculin d'une part double de celle revenant aux femmes. La petite-fille du côté du fils est agnatisée par son frère ainsi que par son cousin germain du même degré qu'elle, sans condition. Elle est également agnatisée par le petit-fils d'un degré inférieur au sien à la condition qu'elle n'ait pas vocation aux deux tiers*".

¹⁶⁰⁸ Arrêt de la Cour Suprême de l'Autriche, N° 2 OB 170/18S, du 29/01/2019, Identifiant européen de la jurisprudence (ECLI): ECLI:AT:OGH0002:1989:RS0076186; commenté par F. HEINDLER, précité.

L'Empire de l'Iran, a appliqué le droit iranien et a conclu que le testament ne répondait pas aux exigences formelles de validité de la loi iranienne. Au cours de la procédure, une fille et un fils se sont convenus qu'un tiers de leur part de l'héritage soit attribué à la veuve, conformément à la loi iranienne. Les tribunaux autrichiens ont dû se prononcer sur les demandes concurrentes des deux autres enfants. Alors que l'autre fils plaidait pour l'application de la loi iranienne afin de déterminer sa part de la succession, l'autre fille avait soutenu que les règles successorales inégalitaires du droit iranien étaient contraires à l'ordre public autrichien. Le tribunal de première instance a jugé que les règles iraniennes de succession *ab intestat* étaient discriminatoires et donc inconciliables avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique autrichien. La Cour d'appel a infirmé la décision en appliquant la loi iranienne. Dans son raisonnement, la Cour d'appel a mis l'accent sur l'obligation des héritiers mâles de verser une pension alimentaire, qui compenserait l'inégalité des parts dans la succession.

L'article 10 (3) de l'Accord d'amitié dispose qu' *"en matière de (...) succession et testament, les ressortissants de l'une des Hautes Parties Contractantes sur le territoire de l'autre Partie restent soumis aux prescriptions de leur loi nationale"*. L'article 10 (4) du même traité dispose qu' *"il ne pourra être dérogé à l'application de ces lois par l'autre Partie Contractante qu'à titre exceptionnel et pour autant qu'une telle dérogation y est généralement pratiquée à l'égard de tout autre État étranger"*.

D'après la Cour suprême autrichienne, la loi iranienne normalement applicable, prévoit le partage inégal de la succession dépendant du sexe de l'héritier. Concernant les biens meubles, la loi iranienne sur les successions *ab intestat* dispose qu'une veuve a droit à une part du huitième, tandis qu'un veuf a droit à une part d'un quart. Les descendants mâles ont droit à une part égale au double de celle des descendantes femelles. S'agissant des biens immeubles, les tribunaux autrichiens ont établi que la loi iranienne excluait la veuve de la succession en ce qui concerne les biens immeubles du défunt. La Cour suprême autrichienne a donc infirmé la décision de la Cour d'appel. Elle a conclu que la

distinction dans les successions *ab intestat* entre les héritiers selon leur sexe est inconciliable avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique autrichien et doit être évincée si: premièrement, la situation juridique a un lien suffisant avec l'Autriche (le droit autrichien consacre donc l'ordre public de proximité), et deuxièmement, si les règles ont un impact sur l'affaire pendante. Par conséquent, la Cour Suprême n'a pas appliqué les dispositions iraniennes au motif qu'elles auraient abouti à un partage inégalitaire de la succession rompant avec les principes fondamentaux de l'ordre autrichien, dont le principe de l'égalité.

568. En commentaire à cette décision, une précision s'impose: en droit tunisien il n'y a pas lieu de distinguer selon la nature des biens lors de la détermination des parts successorales des héritiers. Les règles successorales auxquelles se réfère cette décision sont les règles iraniennes qui semblent appliquer les enseignements de l'école *Chiite*. La Cour Suprême ne précise pas les règles iraniennes appliquées à l'affaire précitée, le système iranien étant un système pluri-législatif¹⁶⁰⁹.

569. Dans certains autres systèmes européens tel que le droit français, la jurisprudence semble ne pas donner de réponse au cas du partage inégal entre fils et filles. La doctrine affirme (elle semble aussi unanime) qu' "*il est certain qu'en présence de telles lois, le réflexe de l'exception de l'ordre public peut être tenant même s'il est vrai qu'en ce domaine les enseignements jurisprudentiels sont assez maigres*"¹⁶¹⁰. Mais la portée de l'exception reste limitée vu qu'elle ne pourra s'étendre qu'aux biens existant sur le territoire du for¹⁶¹¹.

570. On s'est posé la question de l'appréciation concrète des règles successorales étrangères discriminatoires: dans quelle mesure ces règles doivent elles être considérées contraires à l'ordre public du for?¹⁶¹²

¹⁶⁰⁹ F. HEINDEL, "Public policy and Islamic intestate succession...", précité, p. 381.

¹⁶¹⁰ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception..."; précité, p. 29; dans ce sens, A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 586.

¹⁶¹¹ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception..."; précité, p. 29; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 587.

¹⁶¹² Ibidem.

Plusieurs systèmes font intervenir l'ordre public de proximité en exigeant l'existence de liens significatifs avec l'ordre du for et que la loi étrangère discriminatoire porte concrètement atteinte à ses principes fondamentaux¹⁶¹³. De plus, il existe plusieurs mécanismes qui permettent de rééquilibrer cette inégalité pour aboutir finalement aux mêmes résultats de l'application de la loi du for¹⁶¹⁴. On évoque les dispositions entre vifs, les dispositions à cause de mort, ou le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁶¹⁵, etc.

Malgré ces possibilités pouvant garantir la limitation des effets discriminatoires de la loi étrangère, la doctrine estime que cette loi doit être écartée même en absence de liens significatifs avec l'ordre du for¹⁶¹⁶. On estime qu' "*on n'en demeure pas moins gêné à l'idée d'appliquer dans une telle situation la loi étrangère, car en vérité ce qui choque ici c'est le postulat discriminatoire sur lequel repose la loi étrangère*"¹⁶¹⁷.

Bien que cette position pourrait avoir un bien fondé, elle entrave cependant l'objectif, voire l'impératif de coordination dans une matière aussi complexe. En effet, partir de simples postulats entrave parfois la sécurité juridique et la lisibilité de la règle de droit. La coordination repose nécessairement sur l'idée de concession. Cette idée est facilement mise en œuvre en présence de mécanismes pouvant réduire les écarts entre les systèmes juridiques quelle qu'en soit la cause (idéologique, politique, religieuse...).

571. On s'est aussi demandé si le droit français devrait apprécier la loi étrangère dans sa globalité sans la limiter aux dispositions successorales spécifiquement?¹⁶¹⁸ On fait appel aux autres règles de droit de la famille, tels que l'attribution de la charge de la famille au mari et le devoir du frère de s'occuper

¹⁶¹³ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 587.

¹⁶¹⁴ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception..."; précité, p. 30; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 588.

¹⁶¹⁵ Ibidem.

¹⁶¹⁶ A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p. 588: avec la précision que les auteurs estiment que des liens suffisants avec l'ordre juridique du for doivent exister si l'effet discriminatoire n'est qu'abstrait.

¹⁶¹⁷ S. GODECHOT-PATRIS, "Les difficultés de réception..."; précité, p. 30.

¹⁶¹⁸ Ibidem.

de sa sœur¹⁶¹⁹. *A priori* la réponse devrait être affirmative, mais elle doit être nuancée. Cette question évoque un autre problème qui est celui de la preuve de la loi. Cette preuve doit aussi porter sur l'application concrète de la loi étrangère. En droit tunisien par exemple, on a repris les règles successorales discriminatoires du droit musulman¹⁶²⁰, sans prendre compte des autres règles compensatoires. Hormis l'obligation alimentaire incombant au chef de la famille, aucun texte législatif n'oblige le frère à supporter sa sœur financièrement. Il s'agit plutôt d'une obligation d'ordre moral qui n'est pas toujours exécutée. Doit aussi être précisé

¹⁶¹⁹ Ibidem.

¹⁶²⁰ Il est opportun de remarquer qu'il existe plusieurs interprétations du texte coranique. Certains auteurs adoptent une lecture assez avisée et en harmonie avec non seulement le développement social, mais aussi la volonté de Dieu pour contrarier certaines dispositions du droit musulman tel qu'envisagé aujourd'hui par l'écrasante majorité des systèmes musulmans (arabes ou non). Parmi ces interprétations (quelques exemples): la règle en Islam est la succession testamentaire, les règles des successions *ab intestat* ne sont que supplétives. En effet, dans plusieurs *sourates* du Coran, le legs devance la succession. Par conséquent, si le legs consomme toute la succession, aucune règle des successions *ab intestat* ne pourra s'appliquer:

محمد شحرور، نحو أصول جديدة للفقہ الإسلامي، فقه المرأة، الأهلالي للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2000، ص. 222 و 269: في كتابه يستدل الفقيه بعدد الآيات القرآنية كاستهلاله تعالى آيات الميراث في سورة النساء بقوله "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ" وختمها بقوله تعالى "وَصِيَّةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ". و مثاله أيضا: قوله تعالى " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيانَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ" في عدة مواضع من آيات الميراث. كما يشير الفقيه لأن الحديث "لا وصية لوارث" لا يمكنه نسخ تلك الآيات لكونه آحاد منقطع.

Pour la version anglaise du livre: A. CHRISTMANN, *The Coran morality and critical reason, The essential MUHAMMAD SHAHRUR*, BRILL, Leiden, Boston, 2009, p. 227 et suiv.

On évoque aussi la question des "limites" (*Houdoud*) évoquées dans la sourate "Les femmes" (*Al-Nissa*) en traitant du partage de la succession entre fils et filles. Pour cette question, on présente une autre approche interprétative se basant sur des règles linguistiques et mathématiques explicitant une autre lecture plus juste et plus avisée des versets coraniques réduisant nettement les effets discriminatoires des règles successorales: A. CHRISTMANN, *The Coran morality and critical reason*, op. cit., p. 177;

محمد شحرور، نحو أصول جديدة للفقہ الإسلامي، مذکور سابقا، ص. 248 و ص. 268.

On estime aussi que la loi coranique ne prévoit aucun droit aux oncles paternels de succéder (la version arabe de l'ouvrage de M. SHAHRUR p. 223), et que la fille doit évincer ses oncles au même titre que le fils lorsqu'elle est unique et sans besoin de l'existence d'un frère mâle et ce en revenant aux origines linguistiques de l'équivalent du terme "enfant" en arabe "*walad*", qui admet les deux sens de fils et de fille (la version arabe de l'ouvrage de M. SHAHRUR p. 223; la version anglaise: p. 227).

Il s'agit finalement d'un simple choix législatif de consacrer des règles qui ne sont que la création d'une société patriarcale imposant la dominance masculine (la version arabe de l'ouvrage de M. SHAHRUR, pp. 240 et 244; la version anglaise, p. 226), alors que l'Islam se veut une religion juste et égalitaire. En aucun cas la bonté divine n'a opéré de discrimination selon le sexe. Ces discriminations ne sont en réalité que les conséquences des interprétations héritées par des traditions anciennes sans aucun effort ou volonté de les actualiser et les repenser.

que le législateur tunisien impose la participation de la femme au soutien de la famille si elle a des biens¹⁶²¹. C'est pour démontrer, que pour certains systèmes juridiques comme le droit tunisien, l'obligation alimentaire masculine ne pourra pas toujours servir de fondement juridique pour appliquer la loi étrangère discriminatoire. La solution serait plutôt d'envisager l'application des mécanismes pouvant neutraliser les effets discriminatoires de la loi étrangère normalement applicable, sans nécessairement l'évincer au service de la coordination et de la coopération internationale¹⁶²².

II- La méconnaissance de la réserve héréditaire (le droit français)

572. Plusieurs systèmes juridiques européens accordent aux héritiers une réserve héréditaire. Celle-ci est considérée comme une limite à la liberté de disposer à cause de mort. C'est le cas du droit français, espagnol¹⁶²³, portugais¹⁶²⁴, allemand¹⁶²⁵ et italien¹⁶²⁶. Le droit anglais quant à lui, ne connaît pas la réserve héréditaire. Il consacre cependant une autre limite à la liberté testamentaire qui est appelée la *family provision*¹⁶²⁷.

Le droit tunisien distingue entre deux types d'héritiers dont les héritiers réservataires¹⁶²⁸.

Il serait opportun dans ce cadre d'essayer d'abord, de définir la réserve héréditaire dans les trois systèmes comparés (A). Ensuite, sera abordée la

¹⁶²¹ L'article 23 du CSP dispose que: "La femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens".

¹⁶²² Tout en rappelant que les règles successorales du droit tunisien et de la loi coranique ne sont pas d'ordre public. Les parties ont tout le droit d'y déroder.

¹⁶²³ Articles 806 et suivants du code civil espagnol.

¹⁶²⁴ Article 2156 et suivants du code civil portugais.

¹⁶²⁵ Article 2303 et suivants du BGB allemand.

¹⁶²⁶ Article 536 et suivants du code civil italien.

¹⁶²⁷ Voir: Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, dernière modification: le 01/10/2014.

¹⁶²⁸ L'article 89 du code du statut personnel dispose que: " Les personnes successibles sont de deux types: les héritiers réservataires et les héritiers agnats (aceb)".

question du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire française (**B**). Pour enfin étudier l'impact d'une telle qualification sur les possibles interactions des droits des systèmes comparés (**C**).

A- Définition de la réserve héréditaire dans les systèmes comparés

573. Tout d'abord, il faut préciser qu'on se limitera au droit français comme exemple des États appartenant à l'Union européenne. Ce choix s'explique pleinement. Outre le fait que l'espace de cette étude est assez limité, la réserve héréditaire est d'actualité en droit français grâce à deux arrêts relativement récents datant de 2017 et une autre affaire en cours relative à la succession du feu Johnny Halliday.

574. La réserve héréditaire en droit français a été définie par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités¹⁶²⁹ modifiant l'article 912 du code civil français en ces termes: "*La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent.*"

Les héritiers réservataires en droit français, sont les descendants et le conjoint survivant non divorcé. Les articles 913 et suivants déterminent leurs quotes-parts qui varient selon la qualité et le nombre des héritiers réservataires.

Les quotes-parts sont déduites *a contrario* de la quotité disponible définie par le même article 912 précité dans son deuxième alinéa en ces termes: "*La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas*

¹⁶²⁹ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006, publiée au Journal Officiel de la République Française du 24 juin 2006.

réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités."¹⁶³⁰

Ainsi, si la libéralité dépasse la quotité disponible prévue par l'article précité, les héritiers réservataires lésés peuvent demander la réduction de ladite libéralité à la quotité disponible aux termes des articles 918 et suivants du code civil français.¹⁶³¹

575. La réserve héréditaire est définie en droit tunisien comme étant: "*la quote part déterminée et destinée à certains héritiers dits réservataires*"¹⁶³². L'article 91 du CSP détermine les héritiers réservataires. Pour les hommes, il s'agit du père, du grand père paternel même s'il est d'un degré supérieur, le frère utérin et le mari. Pour les femmes, il s'agit de la mère, de la grand-mère, la fille, la petite fille du côté du fils même si elle est d'un degré inférieur, la sœur germaine, la sœur consanguine, la sœur utérine et l'épouse.

D'après l'article 92 du même code, "*les quotes-parts successorales sont au nombre de six: la moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers et le sixième*". Les articles 93 et suivants déterminent la quote-part de chaque héritier réservataire.

576. En comparant les deux systèmes tunisien et français, la réserve héréditaire garde dans son ensemble le même principe. Dans les deux systèmes, il s'agit d'une quote-part réservée à certains héritiers, limitant de ce fait le droit du défunt de disposer de sa succession par voie de testament.

¹⁶³⁰ L'article 913 § 1 dispose que: "*Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.*"

L'article 914-1 dispose que: "*Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé.*"

¹⁶³¹ L'article 918 du code civil français dispose que: "*La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations.*"

¹⁶³² حسين بن سليمة، أحكام الموارث في الشريعة و القانون، شركة أوربيس للطباعة بتونس، جويلية 1998، ص.

32: "الفرض هو سهم مقدر و معين للورثة في التركة".

577. Dans les deux systèmes aussi, existe la notion de quotité disponible. La quotité en droit français est déterminée dans l'article 912 du code civil français. Le droit tunisien permet le legs à toute personne n'ayant pas la qualité d'héritier, et quelle que soit sa confession ou sa nationalité, tant que la valeur du legs ne dépasse pas le tiers de la succession. La quotité disponible en droit tunisien serait de ce fait égale au tiers de la succession¹⁶³³. Cette quotité disponible, et contrairement au droit français, est fixe et ne varie pas selon le nombre des descendants.

Il est à noter que pour les petits fils, ceux-ci viennent succéder à la place de leur père décédé avant l'ouverture de la succession de leur grand père au titre d'un legs obligatoire ne devant pas dépasser le tiers de la succession¹⁶³⁴.

578. Les divergences entre les deux systèmes sont assez nombreuses et sont relatives surtout aux personnes ayant la qualité d'héritiers réservataires et à leurs parts à la succession. Notons spécialement que les fils n'ont pas cette qualité d'héritiers réservataires mais d'héritiers universels (ou agnats ou *aceb*). Les filles par contre, sont réservataires en l'absence d'au moins un frère. Elles deviennent universelles par autrui suite à l'existence d'au moins un frère.

579. Le droit anglais quant à lui ignore la réserve héréditaire, mais consacre une autre institution qu'est la *family provision*. Au même titre que le droit californien par exemple qui consacre l'*elective share*¹⁶³⁵. Les deux

¹⁶³³ L'article 187 du code du statut personnel dispose que: " *Le legs fait en faveur d'une personne autre qu'un héritier s'exécute sans le consentement des héritiers, s'il n'excède pas le tiers de la succession.*"

L'article 174 dudit code dispose que: " *Le testament est valable quoique le testateur et le légataire ne soient pas de la même confession.*"

L'article 175 dudit code dispose que: " *Le testament fait en faveur d'un étranger est valable sous réserve de réciprocité.*"

¹⁶³⁴ Article 191 du code du statut personnel tunisien.

¹⁶³⁵ California Code, Probate Code - PROB CA PROBATE § 6401: " (a) *As to community property, the intestate share of the surviving spouse is the one-half of the community property that belongs to the decedent under Section 100.*

(b) *As to quasi-community property, the intestate share of the surviving spouse is the one-half of the quasi-community property that belongs to the decedent under Section 101.*

(c) *As to separate property, the intestate share of the surviving spouse is as follows: (...)*".

institutions relèvent pratiquement du même principe, malgré les différences liées aux personnes bénéficiaires de chaque institution dont la liste est beaucoup plus étendue¹⁶³⁶. Il s'agit en effet de l'action ouverte à certaines personnes en état de dépendance financière du *de cuius*.

Ainsi, lorsque le défunt est décédé domicilié en Angleterre, tout bénéficiaire légal (descendance, épouse ou même concubin) peut saisir le tribunal pour demander une part de la succession au titre d'"*une provision financière raisonnable*"¹⁶³⁷.

La loi ne fixe cependant, pas de quote-part déterminant cette provision qui est laissée à la discrétion absolue du juge. Celui-ci tiendra compte, sous

¹⁶³⁶ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975

1975 CHAPTER 63: "1- *Application for financial provision from deceased's estate.*

(1) *Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons:—*

(a) *the spouse or civil partner of the deceased;*

(b) *a former spouse or former civil partner of the deceased, but not one who has formed a subsequent marriage or civil partnership;*

(ba) *any person (not being a person included in paragraph (a) or (b) above) to whom subsection (1A) or (1B) below applies;*

(c) *a child of the deceased;*

(d) *any person (not being a child of the deceased) who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood in the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family;*

(e) *any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased;*

that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.

(1A) *This subsection applies to a person if the deceased died on or after 1st January 1996 and, during the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died, the person was living—*

(a) *in the same household as the deceased, and*

(b) *as the husband or wife of the deceased.*

(1B) *This subsection applies to a person if for the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died the person was living—*

(a) *in the same household as the deceased, and*

(b) *as the civil partner of the deceased".*

¹⁶³⁷ Traduction du terme utilisé par l'article précité dans la note 24 de la loi anglaise "*reasonable financial provision*".

obligation de preuve, de la situation financière du demandeur, de ses besoins ainsi du montant de l'aide accordé par le défunt durant sa vie¹⁶³⁸. C'est pourquoi la *family provision* ne saurait être qualifiée de réserve héréditaire bien qu'elle s'y rapproche quant à ses effets, voire ses raisons d'être à savoir la protection des personnes en besoin et en précarité économique.

B- Ordre public international et réserve héréditaire

580. Le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire a été mis à l'échec par la Cour de cassation française (1), d'où le débat doctrinal sur l'application jurisprudentielle (2).

1- L'affirmation jurisprudentielle

581. en droit français, la réserve héréditaire a été considérée comme relevant de l'ordre public interne français¹⁶³⁹. Elle l'est toujours pour une très grande partie de la doctrine¹⁶⁴⁰.

La jurisprudence française a aussi valorisé le caractère d'ordre public interne de la réserve héréditaire. Elle affirme que l'exequatur d'un jugement marocain "*n'interdit nullement la mise en œuvre de la réserve sur les biens immobiliers situés en France*"¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁸ Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 , 1975 CHAPTER 63, section 2.

¹⁶³⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n^{os} [17-16515](#) et [17-16522](#), ECLI:FR:CCASS:2018:C100703, Stéphane X c/ Samy X, FS-PB (cassation partielle CA Paris, 29 juin 2016), M^{me} Batut, prés. ; SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Marlange et de La Burgade, SCP Zribi et Texier, av.

¹⁶⁴⁰ S. GODECHOT-PATRIS, "Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement!", *JDI*, Avril-Mai-Juin 2022, p. 433.

¹⁶⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., du 4 juillet 2018, n^o 17-16515 et 17-16522, publiés au Bulletin: "*La dévolution successorale desdits immeubles doit tenir compte des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne, ne peut être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel.*

En conséquence, un jugement d'exequatur d'une décision marocaine, homologuant un testament qui institue légataires universels deux des trois enfants du défunt, doit s'exécuter

On se demande si la réserve héréditaire est aussi d'ordre public international? De ce fait, la loi étrangère désignée par la règle de conflit et qui méconnaît la réserve héréditaire serait-elle évincée pour contrariété à l'ordre public international français?

Cette question faisait l'objet d'un grand débat doctrinal et jurisprudentiel. La Cour de cassation a pris position à l'occasion de deux arrêts relativement récents¹⁶⁴².

En effet, dans les deux affaires, il s'agissait de la succession d'un compositeur de musique français qui avait établi et fait enregistrer aux États-Unis un testament aux termes duquel il a légué tous ses biens à son épouse et ses enfants et avait organisé avec son épouse la gestion de leur patrimoine sous la forme d'un trust commun prévoyant que l'époux survivant deviendrait l'unique bénéficiaire de l'intégralité des biens du couple, lesquels doivent revenir, au décès de ce dernier à leurs enfants. Les deux compositeurs de musique étaient décédés à l'État de Californie aux États-Unis, en laissant une femme, leurs enfants ainsi que des enfants issus d'unions antérieures. Dans les deux affaires, l'épouse survivante estimait être la seule bénéficiaire de la succession composée d'immeubles situés aux États-Unis et de meubles se trouvant aux États-Unis et en France. Les enfants français issus d'autres lits ont ainsi demandé l'exercice de leur droit de réserve héréditaire.

Il est à préciser, que dans les deux affaires précitées, les successions ont été ouvertes avant l'entrée en vigueur du Règlement sur les successions. De ce fait, elles restaient soumises à la loi successorale française scissionniste distinguant entre les meubles et les immeubles. Les biens meubles étant soumis à la loi du dernier domicile du défunt; les immeubles à la *lex rei sitae*.

dans la limite de la quotité disponible sur les biens immobiliers soumis à la loi française..", commentés par: G. Dumont, "La réserve héréditaire fait partie de "l'ordre public interne"", Gaz. Pal. 13 nov. 2018, n° 334u3, p. 65; C. BERLAUD, "Réserve héréditaire et testament établi selon la loi du domicile du défunt", Gaz. Pal. 31 juill. 2018, n° 330c8, p. 43.

¹⁶⁴² Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2017, n°16-17.198 et 16-13.151: JCP G 2017, p. 2117, commentés par C. NOURISSAT et M. REVILLARD.

Dans les deux arrêts, les éléments successoraux se trouvant sur le territoire français ne sont constitués que par des meubles. Le seul immeuble qui pouvait rattacher la succession à la compétence de la loi française était apporté en société. Ceci étant une manœuvre faite par le défunt pour échapper à la compétence de la loi française. Ce qui a emmené certains commentateurs de ces arrêts à attirer l'attention aux risques de ce genre de "*montages*" juridiques constituant dans certains cas une fraude à la loi normalement compétente.¹⁶⁴³

Dans les deux affaires, les héritiers réclamant l'exercice de leur droit de réserve, avaient fondé leurs demandes sur les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction qui dispose que: "*dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.*"

Les juges du fond ainsi que la Cour de cassation ont rejeté ledit motif du fait que les dispositions de l'article 2 susmentionnées ont été abrogées par la décision du Conseil constitutionnel datant du 5 août 2011 pour leur inconstitutionnalité¹⁶⁴⁴. La non-conformité à la constitution est due au fait que l'article 2 abrogé rompt l'égalité de traitement entre les héritiers¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴³ C. NOURISSAT et M. REVILLARD, "La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception de l'ordre public international", *La semaine juridique*, édition générale, n°47, 20 novembre 2017, Lexisnexis, p 2120; J. GASTE, "La réserve à mal par le droit international privé?", *Defrénois*, 19 avril 2018, n° 135m7, p. 49.

¹⁶⁴⁴ Décision n° 2011-159 QPC, du 5 août 2011, Journal officiel du 6 août 2011, p. 13478, texte n°56, *Recueil*, p. 435.

¹⁶⁴⁵ Le considérant 6 de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 précise que: "**6. Considérant qu'afin de rétablir l'égalité entre les héritiers garantie par la loi française, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur la circonstance que la loi étrangère privilégie l'héritier étranger au détriment de l'héritier français ; que, toutefois, le droit de prélèvement sur la succession est réservé au seul héritier français ; que la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère ; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi**".

Les demandeurs se sont, en outre, prévalus du fait que la réserve héréditaire est un mécanisme instauré par le législateur français pour protéger les droits des héritiers français sur les biens situés en France. Elle permet en effet, la compensation d'une éventuelle exhérédation effectuée par une loi étrangère au détriment d'un héritier français. Faisant donc partie des principes essentiels du droit français, elle oblige de ce fait, d'écarter la loi étrangère méconnaissant la réserve pour contrariété à l'ordre public international français.

La cour de cassation a mis fin au débat en précisant les trois points suivants:

1- *"une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français"*

2- que cette loi " ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels "

3- *"la loi normalement applicable à la succession (...) qui ne connaît pas la réserve héréditaire, l'arrêt relève qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X (...) dans une situation de précarité économique ou de besoin"*¹⁶⁴⁶.

Suite à ces décisions, on regrettait que la réserve était *"en tourmente"*¹⁶⁴⁷ craignant son *"déclin"*¹⁶⁴⁸. Ces craintes se sont encore accentuées après l'entrée en vigueur du Règlement.

¹⁶⁴⁶ Arrêt n° 1004 du 27 septembre 2017 (16-13.151).

¹⁶⁴⁷ C. BURBAN, "La réserve dans la tourmente", *Defrénois* 18 janv. 2018, n° 131w3, p.

¹⁶⁴⁸ Q. GUIGUET-SCHIELE, "Le déclin de la réserve héréditaire", *Gaz. Pal.* 28 nov. 2017, n° 307r7, p. 49.

2- Commentaires controversés de la jurisprudence

582. La doctrine n'était pas unanime à applaudir les décisions de la Cour de cassation.

En effet, l'abrogation du droit de prélèvement a déclenché un débat quant à la fonction même de la réserve héréditaire (a), suivi par la critique du recours de la Cour de cassation à l'ordre public de proximité(b), tout en se demandant sur la notion de "*principes considérés comme essentiels au regard du droit du droit français*" (c).

a- Désaccord doctrinal sur la fonction de la réserve héréditaire

583. Certains auteurs ont fortement critiqué la position de la haute juridiction. Ceux-ci considèrent que "*La protection de la réserve héréditaire devrait s'imposer dans l'ordre international car elle est inhérente à la structure même du droit français des successions*"¹⁶⁴⁹. Ils pensent, en outre, que l'abrogation du droit de prélèvement par le Conseil constitutionnel n'entraîne pas nécessairement l'éviction de la réserve héréditaire. Ils motivent leur position par la différence de fondement entre le droit de prélèvement et la réserve héréditaire. En effet, le premier est basé sur un privilège de nationalité entraînant ainsi un traitement de faveur de l'héritier français aux dépens d'un héritier de nationalité étrangère. Alors que la réserve héréditaire est consacrée pour rétablir l'éventuel déséquilibre causé par une succession testamentaire caractérisant les systèmes de la *common law*.¹⁶⁵⁰

584. La Cour de cassation, dans les arrêts précités, considère que la réserve héréditaire n'a qu'une fonction alimentaire. Que dès lors que les héritiers français n'ont pas prouvé qu'ils se trouvaient dans un état de besoin, la loi californienne méconnaissant la réserve n'est pas contraire aux "*principes*

¹⁶⁴⁹ M. GORE, "Requiem pour la réserve héréditaire", in Defrénois 12 oct. 2017, n° 129w1, p. 23.

¹⁶⁵⁰ Ibidem.

essentiels du droit français". Ceci entraîne donc que la réserve héréditaire n'est pas un principe essentiel du droit français.

Cette théorie de la fonction alimentaire de la réserve héréditaire a été défendue par plusieurs auteurs¹⁶⁵¹. Ceux-ci suggèrent, tout comme la Cour de cassation, qu'une étude *in concreto* de la loi étrangère ne consacrant pas la réserve doit être faite au cas par cas pour vérifier à chaque fois si son application est de nature à mettre l'un des héritiers dans une situation de précarité. Citons par exemple les mineurs ou majeurs en besoin ou qui n'ont pas encore fini leurs études¹⁶⁵².

585. Une autre partie de la doctrine précise que la réserve héréditaire n'a point de fonction alimentaire sinon elle aurait consommé toute la succession. Elle est en fait, une créance pour "*sauvegarder l'égalité entre les enfants*"¹⁶⁵³. De plus, elle fait partie intégrante de "*l'architecture du droit français des successions c'est-à-dire qu'elle est l'expression même d'une politique législative, celle de l'équilibre "harmonieux" voulu entre la dévolution légale et la dévolution testamentaire*"¹⁶⁵⁴.

Une grande partie de la doctrine, refuse donc d'admettre le "*déclin*" de la réserve héréditaire. Elle critique aussi le recours de la Cour de cassation à l'ordre public de proximité.

¹⁶⁵¹ G. KHAIRALLAH, "la détermination de la loi applicable à la succession", in *Droit européen des successions internationales, le règlement du 4 juillet 2012*, op. cit., p.59 n°132; A. BONOMI et P. WAUTELET, op. cit., p.597; P. LAGARDE, *Rép. Internat.*, Dalloz, Règlement n°650-2012 sur les successions, n° 121.

¹⁶⁵² C. NOURISSAT et M. REVILLARD, "La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception de l'ordre public international", *La semaine juridique*, édition générale, n°47, 20 novembre 2017, Lexisnexis, p. 2120.

¹⁶⁵³ C. BURBAN, "La réserve dans la tourmente", op. cit., p. 16.

¹⁶⁵⁴ M. GORE, "Requiem pour la réserve héréditaire", op. cit., p. 24.

b- Critique doctrinale du recours de la Cour de cassation à l'ordre public de proximité

586. Dans les deux affaires de 2017, la Cour de cassation a eu recours à l'ordre public de proximité en opérant une étude *in concreto* de l'effet de la loi californienne sur la situation économique des héritiers français réclamant la réserve héréditaire. De ce fait, la loi californienne ne serait considérée contraire à l'ordre public français que si son application mettrait certains héritiers dans un état de précarité ou de besoin. Cette étude *in concreto* a été fortement critiquée puisqu'elle serait source d'insécurité juridique liée à l'imprévisibilité des droits des héritiers¹⁶⁵⁵. L'étude au cas par cas aboutirait forcément à plusieurs cas d'injustice voire de discrimination puisque l'appréciation de la contrariété à l'ordre public va dépendre du pouvoir discrétionnaire du juge.

Le même pouvoir est conféré au juge pour déterminer les notions de "*précarité économique*" et de "*besoin*". Ceci est aussi considéré comme un autre cas d'insécurité juridique. Certains auteurs se sont demandés s'il y a une distinction entre les deux notions précitées et quel serait dans ce cas l'effet de cette distinction?¹⁶⁵⁶

c- Notion de "*principes considérés comme essentiels au regard du droit français*"

587. En évoquant l'ordre public international, qu'il soit en droit européen ou en droit tunisien, il y a ce dénominateur commun qu'est "le principe essentiel" ou encore en Tunisie, "le choix fondamental du législateur".

Pour savoir donc si la réserve héréditaire constitue un principe essentiel au regard du droit français, la définition de "*principe essentiel*" s'impose.

¹⁶⁵⁵ J. GASTE, "La réserve à mal par le droit international privé?", *Defrénois*, 19 avril 2018, n° 135m7, p. 50.

¹⁶⁵⁶ *Idem*.

Plusieurs commentateurs des décisions de 2017 ont observé l'abandon de la Cour de cassation de la formule établie depuis 1948 dans l'arrêt *Lautour*¹⁶⁵⁷. Dans ledit arrêt, il était question de "*principes de justice universels considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*". La Cour de cassation a justifié cet abandon par le fait que l'ancienne formule prive ces principes de leur vocation universelle puisqu'elle les soumette à "*une conception nationaliste française*"¹⁶⁵⁸. En 2017, la Cour a utilisé l'expression de "*principes du droit français considérés comme essentiels*".

Mais cette notion de "principes essentiels" n'est pas apparue avec les arrêts de 2017 et a été consacrée pour la première fois dans un arrêt du 8 juillet 2010¹⁶⁵⁹. Elle a été surtout utilisée dans les cas liés à l'état des personnes et le droit de famille.

La Cour de cassation affirme que cette notion est différente de celle de "*droits fondamentaux*". En effet, les principes essentiels sont "*les valeurs intangibles de l'ordre public international français*" traduisant la politique législative française¹⁶⁶⁰.

C- L'effet de la qualification de la réserve héréditaire sur la réception des droits comparés

588. Suivant la position de la Cour de cassation, le juge français ne pourra pas par exemple évincer la loi anglaise au motif qu'elle ne reconnaît pas la réserve héréditaire. Il doit à chaque fois opérer une étude de la loi étrangère normalement compétente pour déterminer si son application en France aboutirait à un cas de non-conformité à l'ordre public international français.

Le même principe est édictée à l'échelle européenne et rappelé par le considérant 58.

¹⁶⁵⁷ C. NOURISSAT, et M. REVILLARD, article précité, p. 2118.

¹⁶⁵⁸ Rapport de la Cour de cassation de 2013 p.97 et suiv.

¹⁶⁵⁹ 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162.

¹⁶⁶⁰ Rapport de la Cour de cassation de 2013, op. cit.

589. Qu'en est il de la réception de la loi étrangère, qui bien que reconnaissant cette institution l'aménage différemment? On évoque ici spécialement l'un des systèmes comparés à savoir celui de l'ordre juridique tunisien.

Certains auteurs, affirment qu'une loi étrangère aménageant différemment la réserve n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public international¹⁶⁶¹.

D'autres auteurs, dans leurs commentaires des décisions de 2017 se sont posés cette question en se référant au cas de l'inégalité successorale entre les descendants¹⁶⁶². Ils donnent ainsi l'exemple du défunt koweïtien laissant une grande fortune. La règle d'inégalité successorale ne laissera pas forcément la fille, ayant obtenu la moitié de la part de son frère, dans un cas de besoin ou de précarité économique.

S'il est logique de se poser la question dans le cadre plus général de la contrariété à l'ordre public français et de la possibilité de l'application de l'ordre public de proximité; il n'est, cependant, pas concevable d'admettre cette hypothèse en traitant du cas spécifique de la réserve héréditaire. Ceci s'explique par le fait que les descendants de sexe masculin n'ont pas la qualité d'héritiers réservataires en droit musulman mais d'héritiers universels. Et que les descendants de sexe féminin cessent d'être réservataires en présence de leurs frères et deviennent agnatisées (universelles) par eux.

La loi tunisienne, comme toute loi de droit musulman, préserve le droit des descendants. Ceux-ci héritent de plein droit et n'ont pas besoin de recourir au tribunal pour une action en réduction pour demander d'exercer leur droit à une réserve héréditaire. C'est d'ailleurs le cas de tous les héritiers quelle que soit leurs qualités.

¹⁶⁶¹ G. KAHIRALLAH, Op. cit., p. 57.

¹⁶⁶² C. NOURISSAT et M. REVILLARD, article précité, p. 2121.

Cela n'empêche, qu'en termes de réserve héréditaire, le motif de discrimination peut être soulevé pour évincer l'application de la loi tunisienne. Mais, dans la plupart des cas, il ne s'agit, en réalité, que d'une inégalité apparente.

Prenons l'exemple du de cujus qui était décédé en Tunisie, sans laisser ni d'épouse ni d'enfants, mais laissant uniquement ses parents. A priori, le notaire français (ou européen d'une manière générale), et en application de la loi tunisienne normalement compétente, devra attribuer le sixième de la succession à la mère et le reste de la succession au père. Un tel cas pourrait choquer le notaire, étant l'autorité chargée de la liquidation de la succession refusant ainsi l'application de la loi tunisienne pour discrimination selon le sexe. Mais en réalité, il ne s'agit pas d'un cas de discrimination. En effet, La succession est déférée en premier lieu aux héritiers réservataires. Dans notre cas, il n'y a que la mère qui a la qualité d'héritier réservataire. Le père n'a cette qualité qu'en présence du descendant mâle aux termes de l'article 99 paragraphe 1 du code du statut personnel¹⁶⁶³. Dans ce cas, la quote-part qui lui est attribuée est le sixième au même titre que la mère. Finalement, le droit tunisien (et musulman) réservent la même quote-part pour les deux parents. Mais, c'est justement à cause de l'absence de fils, que le père est intervenu dans ce cas, en sa qualité d'héritier agnat (ou universel) pour hériter du reste de la succession qui serait égal au cinq sixième. L'héritier universel, par définition, héritera le reste de la succession, après avoir servi les héritiers réservataires. Dans cet exemple précisément, on ne pourrait invoquer le motif de discrimination, car les héritiers impliqués n'ont pas la même qualité.

¹⁶⁶³ L'article 99 du code du statut personnel dispose que: "*Trois cas affectent la vocation héréditaire du père:*

1) *il intervient exclusivement en sa qualité d'héritier réservataire avec sa quote-part du sixième, hormis sa qualité d'agnat, lorsqu'il vient en concours avec le fils du défunt, le petit fils de celui-ci à l'infini.*

2) *il intervient en sa double qualité d'héritier réservataire et agnat quand il vient en concours avec la fille du défunt et la fille du fils à l'infini.*

3) *il intervient exclusivement en sa qualité d'agnat en l'absence de descendance du défunt, de l'inexistence d'enfants du fils du défunt à l'infini."*

590. La résistance de la Cour de cassation au caractère d'ordre public de la réserve héréditaire, ainsi que l'entrée en vigueur du Règlement européen unifiant les règles de conflits de lois successorales, n'ont pas dissuadé le législateur français à réintroduire le droit de prélèvement par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021. L'article 24 de ladite loi est venu compléter l'article 913 du Code civil¹⁶⁶⁴. Il s'avère de cette disposition, que ce nouveau droit ne profite plus aux français uniquement. Il peut être invoqué quelle que soit nationalité ou la résidence habituelle de l'intéressé (dans la stricte sphère européenne).

Plusieurs auteurs ont manifesté leur appréciation du retour du droit de prélèvement vu qu'il permet la protection de la réserve héréditaire, malgré l'effet limité du nouveau droit de prélèvement, dans la mesure où il n'est mise en œuvre que si la loi étrangère ne prévoit aucun mécanisme héréditaire¹⁶⁶⁵. Mais on se pose la question sur un éventuel contrôle de la Cour de cassation française: la constitutionnalité de ce nouveau droit sera-t-elle remise en cause?¹⁶⁶⁶

III- L'exception de l'ordre public et les droits successoraux des enfants nés hors mariage

591. En droit tunisien, la vocation successorale de l'enfant adultérin ne fait l'objet que du seul article 152 du CSP. Celui-ci dispose que: "*L'enfant adultérin n'héritera que de sa mère et des parents de celle-ci. La mère et ses parents auront, seuls, vocation héréditaire dans la succession dudit enfant*".

¹⁶⁶⁴ Cet article a été complété par les dispositions suivantes: " *lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants-cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci*".

¹⁶⁶⁵ S. GODECHOT PATRIS, "Le prélèvement est mort...", op. cit., p. 445.

¹⁶⁶⁶ Ibid., p. 433.

La version arabe de l'article utilise le terme "*walad zina*"¹⁶⁶⁷, traduit en français par la doctrine comme étant "*enfant de fornication*"¹⁶⁶⁸ ou enfant né hors mariage¹⁶⁶⁹. Cette même doctrine¹⁶⁷⁰ affirme que les droits de l'enfant naturel étaient marginalisés tant par le législateur que par la jurisprudence et ce jusqu'à la promulgation de la loi du 28 octobre 1998¹⁶⁷¹.

Le législateur tunisien fait des termes "*adultérin*" et "*naturel*" des synonymes. Contrairement au droit français qui distinguait entre les deux notions. En effet, l'enfant naturel est celui qui est né de parents non mariés, alors que l'enfant adultérin est celui qui est né de parents dont l'un d'eux est marié à une tierce personne¹⁶⁷².

Avant la promulgation de la loi tunisienne du 28 octobre 1998, l'enfant naturel ne pouvait hériter que de sa mère. Il était interdit de l'héritage de son père par une lecture *a contrario* de l'article 152 et eu égard à l'origine de cet article qui est puisé du droit musulman. Après la promulgation de la loi de 1998, un débat doctrinal est né quant à la vocation successorale de l'enfant naturel.

Selon la première position, la loi de 1998 a octroyé à l'enfant naturel des droits plus larges que le simple droit au nom patronymique. Elle lui a, aussi, conféré le droit aux aliments ainsi que les droits découlant de l'établissement de la filiation à savoir, la garde et la tutelle. Le législateur ne s'est, cependant, pas prononcé sur sa vocation successorale. Selon une partie de la doctrine, ce silence ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance de ce droit à l'enfant naturel, vu qu'il "*découle automatiquement de l'établissement de la filiation*"¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁷ ينصّ الفصل 152 م أ ش في نسخته العربية على ما يلي: " يرث ولد الزنا من الأمّ و قرابتها و ترثه الأمّ و قرابتها".

¹⁶⁶⁸ S. BEN HALIMA, "La filiation naturelle en droit tunisien", in *Mélanges en l'honneur de MOAHMED CHARFI*, CPU, 2001, p.459.

¹⁶⁶⁹ Ibidem.

¹⁶⁷⁰ Ibidem.

¹⁶⁷¹ Loi n°98-75 du 28 octobre 1998, relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, modifiée par la loi n°2003-51 du 7 juillet 2003.

¹⁶⁷² S. Ben HALIMA, "la Filiation naturelle en droit tunisien", article précité.

¹⁶⁷³ A. MEZGHANI, commentaires du code, op. cit., p. 24, note de bas de page n°38.

Cette solution a été critiquée. Ainsi, selon la deuxième position, on ne peut déduire du silence du législateur son intention de conférer à l'enfant naturel le droit à succéder son père *ab intestat*. On ne pourrait admettre que le contraire. En effet, si c'était réellement l'intention du législateur, il l'aurait expressément consacrée "au moins pour faire pendant à l'article 152 du code du statut personnel"¹⁶⁷⁴.

592. En droit anglais, en vertu de l'article 18 de la loi de 1987 sur la réforme du droit de la famille (*Family Law Reform Act 1987*), les références à toute relation entre deux personnes doivent être interprétées indépendamment du fait que le père et la mère étaient ou non mariés l'un à l'autre. Cet article s'applique pour les successions survenant après le 3 avril 1988. L'enfant naturel dont les parents se sont mariés après sa naissance, a le droit depuis 1976 de percevoir tout intérêt *ab intestat* comme s'il était né légitime¹⁶⁷⁵.

593. La jurisprudence européenne¹⁶⁷⁶ condamne l'exclusion des enfants nés hors mariage (naturels ou adultérins) de la succession en admettant son caractère discriminatoire et sa contrariété à la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950¹⁶⁷⁷. Les lois discriminatoires sont donc contraires à l'ordre public européen.

594. L'égalité des droits successoraux des enfants légitimes et des enfants naturels, a été introduite en droit français par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation. La distinction en droit français, entre les deux notions d'enfant naturel et d'enfant adultérin a entraîné la discrimination quant aux droits successoraux

¹⁶⁷⁴ S. BEN HALIMA, "la Filiation naturelle en droit tunisien", article précité.

¹⁶⁷⁵ P. BIRKS, *English private law*, op. cit., p. 519.

¹⁶⁷⁶ CEDH 13 juin 1979, req. n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31; CEDH 29 nov. 1991, req. n° 12849/87, *Vermeire c/ Belgique*, série A, n° 214-C; CEDH 28 oct. 1987, req. n° 8695/79, *Inze c/ Autriche*, série A, n° 126.

¹⁶⁷⁷ La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

des deux filiations, l'enfant adultérin se voyant accorder des droits moindres que l'enfant naturel¹⁶⁷⁸.

Ce n'est que suite à la jurisprudence *Mazureck* que l'égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants adultérins a été consacrée par les lois du 3 décembre 2001 et du 4 mars 2002¹⁶⁷⁹. Dans cette affaire, la Cour de cassation française¹⁶⁸⁰ avait considéré que l'infériorité des droits successoraux des enfants adultérins par rapport à ceux des enfants naturels ne rentrent pas dans le champ d'application des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et que par conséquent, l'exception de l'ordre public ne peut être soulevée pour évincer la loi étrangère réduisant les droits des enfants adultérins. La Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶⁸¹ a condamné la France en raison de la violation des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 1er du Protocole n° 1.

L'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁶⁸² a même aboli les notions de filiation légitime et naturelle. Ainsi, l'enfant né hors mariage (naturel ou adultérin) héritera au même titre que l'enfant légitime et en parfaite égalité. Plusieurs autres pays européens reconnaissent la vocation successorale à l'enfant adultérin. Certains systèmes juridiques sont parfaitement égalitaires, d'autres accordent à la filiation naturelle des droits moindres par rapport à la filiation légitime¹⁶⁸³.

Par conséquent, les lois étrangères interdisant la succession aux enfants naturels ou adultérins, ou gardant le silence quant à ces droits, sont qualifiées en

¹⁶⁷⁸ P. LAGARDE, "Succession", *Répertoire de droit international*, septembre 2015 (actualisation juin 2022), n°143; H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., n°723, p. 256.

¹⁶⁷⁹ H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., n°723, p. 256.

¹⁶⁸⁰ *Bull. civ. I*, n° 268 ; *JCP* 1997. II. 22834, note MALAURIE ; *JDI* 1997. 980, note DROZ.

¹⁶⁸¹ CEDH 1^{er} févr. 2000, req. n° 34406/97; *JDI* 2001. 229, obs. TAVERNIER ; *D.* 2000. 332, note THIERRY; *RTD civ.* 2000. 311, obs. HAUSER; *RTD civ.* 2000. 429, obs. MARGUENAU; GOUTTENOIRE-CORNUT et SUDRE, "L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention européenne des droits de l'homme", *JCP*, 2000. II. 10826; JOSSELIN-GALL, "Le notaire entre l'article 760 du code civil et la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP*, 2001, p. 834.

¹⁶⁸² Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* 6 juill. 2005.

¹⁶⁸³ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, op. cit., p. 377 et suiv.: un exposé des différents droits européens en la matière.

droit français de discriminatoires¹⁶⁸⁴. Elles doivent de ce fait être évincées par le jeu de l'exception de l'ordre public¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁴ P. LAGARDE, "Succession", *Répertoire de droit international*, septembre 2015 (actualisation juin 2022), n°143.

¹⁶⁸⁵ Ibidem, n°147; H. PEROZ et E. FONGARO, op. cit., n°723, p. 256.

Conclusion du titre deuxième

595. Les éléments perturbateurs de la coordination sont multiples et affectent plusieurs aspects de la succession.

Ces éléments interviennent d'abord dans la compétence internationale des autorités chargées du règlement de la succession sous deux formes antagonistes: la limitation ainsi que l'élargissement de la compétence.

La limitation de la compétence internationale est abusive lorsqu'elle range le contentieux relatif à la matière successorale dans les cas de la compétence exclusive, alors que cette relation juridique n'affecte aucunement des intérêts particuliers de l'État telle que la souveraineté.

En contre partie, l'élargissement de la compétence internationale est excessif lorsqu'il aboutit à la multiplicité des rattachements conduisant à l'augmentation des cas de compétence du juge national sans aucun lien réel ou significatif entre l'ordre juridique du for et la succession en question.

Les éléments perturbateurs interviennent ensuite au moment de la désignation de la loi applicable. La loi étrangère est parfois victime d'exclusion avant même sa désignation par le jeu d'une loi de police du for. Elle l'est aussi après sa détermination par la mise en œuvre de l'exception de l'ordre public, dont le soulèvement est dans plusieurs cas, signe d'intolérance et de refus de l'ouverture à l'autre.

Conclusion de la partie deuxième

596. La coordination à l'échelle communautaire était possible vu que les systèmes juridiques de l'Union se partagent certaines valeurs et traditions juridiques que le législateur européen ne cesse de rappeler dans chaque nouvel instrument. Ce constat conduit à admettre que l'harmonisation des systèmes juridiques n'est donc possible que si on adoptait des régimes juridiques rapprochés.

Il a été établi que ce rapprochement n'est pas impossible. S'agissant des systèmes de la *common law*, la doctrine anglaise ne cesse d'appeler à abandonner le morcellement successoral qui n'a plus qu'un fondement historique eu égard à l'évolution du droit des biens et des enjeux économiques.

Les mécanismes de coordination sont multiples, mais elle exige la refonte de certains systèmes juridiques. Ainsi, le droit tunisien doit repenser ses choix législatifs en évitant les règles de conflits complexes et ambiguës.

Les éléments perturbateurs de cet objectif de coordination ont un grand impact sur la sécurité juridique et les attentes légitimes des parties. Plusieurs auteurs ne cessent d'appeler à une utilisation mesurée et avisée de certains mécanismes freinant la coopération internationale tel que le principe de proximité et de l'exception de l'ordre public.

Conclusion générale

Conclusion générale

597. La coordination entre les systèmes comparés, l'harmonie et la sécurité juridique, l'intelligibilité et la lisibilité du droit successoral international, sont les idéaux qui ont animé cette étude comparée entre des systèmes inexorablement complexes et hétéroclites.

La coordination exige la divergence, sinon elle est vaine et insensée.

598. L'étude des divergences a révélé qu'il y a plusieurs dénominateurs communs entre les trois systèmes comparés. Il ne faut pas plus que quelques concessions pour une véritable coopération internationale. Mais à quel système incombe les concessions? Est-ce au droit tunisien uniquement?

Ce n'est sans rappeler une question posée par un éminent auteur¹⁶⁸⁶, juste deux ans après la promulgation du code tunisien de droit international privé:

" Faut-il déjà réformer le code de droit international privé?"

La réponse est certainement l'affirmative: la législation actuelle en matière de succession internationale est un mort-née, condamnée dès la naissance par ses propres handicaps: lacunes, ambiguïtés et incertitudes textuelles et juridiques.

Ses homologues, bien qu'elles semblent plus précises et plus élaborées, ont révélé dans cette étude des insuffisances et des signes de faiblesse.

Le Règlement européen, se vouant au mythe de l'unité: l'unicité du rattachement, l'unité successorale et l'unité du domaine de la loi successorale, s'est avéré un système unitaire trompe à l'œil. Tel un mirage: le mythe s'évanouit en s'y rapprochant.

¹⁶⁸⁶ A. MEZGHANI, "Faut-il déjà réformer le code de droit international privé?", in Le code tunisien de droit international privé deux ans après, première journée d'études en droit international privé, La Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales (Tunis), le 19 avril 2001, CPU, 2003, pp. 163-175.

Se prétendant réaliste, le système anglais est scissionniste malgré les critiques incessantes de ses ténors de droit. Attaché à ses traditions et fidèle à ses origines historiques, il n'a voulu intégrer une Europe à laquelle il n'appartient plus.

Qui a tort? Qui a raison? A-t-on vraiment besoin de répondre à ces deux questions? La richesse n'est-elle pas dans la divergence? Chercher à coopérer est le chemin le plus court à surmonter les différences. Il faudrait s'accepter mutuellement et limiter l'intervention de certains mécanismes inutiles entre des systèmes qui, malgré leurs différences culturelles et religieuses, se partagent indéniablement les mêmes valeurs humaines universelles.

Les échanges entre les deux rives de la méditerranée sont historiquement établis et ne cesseront de grandir. Les citoyens de part et d'autre des deux continents ont le droit à la stabilité, à la sécurité juridique et à la lisibilité du droit successoral.

Le législateur tunisien n'a pas été insensible aux défaillances de sa loi. Il a donc tenté de pallier les déficiences de son système juridique. Un avant projet de réforme du code tunisien de droit international privé a vu le jour, auquel a été réservé un colloque, pour annoncer la sortie de l'ombre à la lumière. Mais a-t-on vraiment appris des erreurs du passé? Pour reprendre la question de cet éminent auteur: Faut-il déjà réformer l'avant projet de réforme du code de droit international privé?

La réponse est encore une fois par l'affirmative, tel est le résultat auquel a abouti cette étude comparée. Les règles de conflits telles que conçues dans l'avant projet ne font qu'accroître les difficultés. La pratique le confirmera.

599. La coordination n'était cependant pas impossible. En quête de ce qui pourrait constituer le meilleur rattachement, on a découvert l'existence d'un dénominateur commun entre les trois systèmes: la dernière résidence habituelle du défunt. Le critère est déjà consacré en droit tunisien pour régir la compétence internationale. Il est aussi adopté pour la détermination de la loi applicable, mais

concurrenté par deux autres critères dont l'ordre hiérarchique est source de confusion...

D'où la première solution déduite de cette étude comparée: la coordination et la lisibilité de la règle juridique exigent à la fois l'unité du rattachement et la concordance entre les deux compétences.

La coordination, la lisibilité de la règle juridique et la préservation des intérêts des parties exigent aussi l'unité successorale: telle est la seconde résultante de cette recherche.

Ces éléments clés de la coordination, ne peuvent fonctionner correctement, si on ne se voue pas à la limitation des effets de certains éléments perturbateurs révélateurs de particularisme culturel et religieux: la compétence exclusive, l'élargissement excessif de la compétence juridictionnelle et législative, l'intervention de l'exception de l'ordre public et les lois de polices. Ne pas abolir, mais limiter. La nuance est obligatoire, car certains intérêts étatiques ne peuvent être sacrifiés.

Parallèlement, la coordination exige aussi du droit tunisien de repenser le rejet *inopiné* d'un mécanisme par définition favorable à la coopération internationale qui est le concept du renvoi-coordination. Elle exige encore de la jurisprudence tunisienne de favoriser le jeu de l'effet atténué de l'ordre public dans les situations qui ne présentent aucune atteinte sérieuse aux choix législatifs du législateur tunisien et à la communauté tunisienne.

Un nouveau né verra prochainement le jour: le code de droit international privé français. Saurait-il satisfaire à cet objectif de coordination?

600. Pour l'embryon tunisien, on propose, outre les recommandations précédentes, les règles de conflits successorales suivantes:

Pour la compétence internationale "*les tribunaux tunisiens connaissent de l'action relative à l'ensemble de la succession lorsque le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès en Tunisie*". Pour plus d'effectivité, cette

disposition doit être accompagnée de l'exclusion expresse de la matière successorale du champ d'application de l'article 3 du code de DIP.

Pour la loi applicable à la succession *ab intestat*: l'article 54: " *L'ensemble de la succession est soumis à la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès.*

Lorsque la loi applicable à la succession n'attribue pas des biens situés en Tunisie à une successible personne physique, ces biens seront attribués à l'État tunisien".

Pour la loi applicable aux testaments: l'article 55: "*Le testament est valide quant au fond s'il est conforme à la loi de la résidence habituelle du testateur au moment de l'établissement de l'acte.*

Le testament est valide quant à la forme s'il est conforme à la loi nationale du testateur ou la loi de sa dernière résidence habituelle, ou à la loi du lieu de l'établissement de l'acte".

En réalité, vu la complexité de la matière successorale, il n'est pas aisé d'être catégorique. Ces propositions ne sont certainement pas parfaites, mais ont le mérite de la simplification et de la lisibilité des règles de conflit régissant la matière successorale. A bon entendeur...

Annexes

Annexe n° 1:

L'avant-projet de modification du code de droit
international privé

Texte de l'avant-projet de réforme du Code de droit international privé

Commission Mezghani-Meziou (2019)

Titre I : Dispositions générales

Article 1^{er} : « Les dispositions de ce Code ont pour objet de déterminer pour les rapports privés internationaux :

- La compétence **directe** des juridictions tunisiennes ;
- Les effets, **y compris la reconnaissance et l'exécution, des décisions et actes** étrangers en Tunisie ;
- Les immunités **de juridiction** et d'exécution
- Le droit applicable ».

Article 2 : « Est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants, à un ou plusieurs ordres, autres que l'ordre juridique tunisien ».

Titre II : La compétence des juridictions tunisiennes

Article 3 : Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation, civile et commerciale, entre toutes personnes quelle que soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile **réel** en Tunisie ».

Article 4 : Les parties peuvent, dans les matières où elles ont la libre disposition de leurs droits, proroger la compétence de la juridiction tunisienne ou y déroger.

Dans les rapports familiaux, la prorogation de compétence n'est possible que si l'une des parties est tunisienne ou a, en Tunisie, une résidence habituelle.

La prorogation ou la dérogation de compétence résulte d'un accord entre les parties, intervenu soit avant soit après la naissance du litige.

L'accord entre les parties peut être établi par tous moyens sauf dans les rapports familiaux, où il doit être établi par écrit.

La non-comparution du défendeur n'emporte pas acceptation de la compétence de la juridiction tunisienne.

Article 5 : Les juridictions tunisiennes connaissent également :

1- des actions relatives à la responsabilité civile délictuelle si le fait générateur de responsabilité ou le préjudice est survenu sur le territoire tunisien ;

2- de l'action relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger.

3- des litiges ayant pour objet un droit **réel sur un meuble situé en Tunisie au moment de l'introduction de l'instance** ;

4- Dans les litiges portant sur la propriété intellectuelle, si sa protection est invoquée en Tunisie ».

Article 5 bis : Les juridictions tunisiennes connaissent également des actions relatives à la nullité du mariage ou sa dissolution lorsque l'une des parties est tunisienne si :

- le demandeur a sa résidence habituelle en Tunisie ;

- ou les deux parties s'accordent sur la compétence tunisienne »

Article 6 : Les tribunaux tunisiens connaissent aussi :

1- des actions relatives à **une mesure de protection d'un mineur** se trouvant en Tunisie ;

2- **des actions relatives à la filiation d'un enfant résidant habituellement en Tunisie,**

3- des actions relatives à l'obligation alimentaire lorsque le créancier réside en Tunisie

4- des actions relatives à :

- une succession ouverte en Tunisie, **sous réserve d'une compétence exclusive revendiquée par les juridictions de l'Etat étranger de la situation de l'immeuble** ;

- une succession se rapportant à des biens meubles ou immeubles situés en Tunisie.

La Tunisie est réputée lieu d'ouverture de la succession si le de cujus y avait son dernier domicile ».

Article 7 : Les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître des **demandes** connexes à des affaires pendantes devant les tribunaux tunisiens ».

Article 7bis : Les tribunaux tunisiens sont exceptionnellement compétents en cas de nécessité, lorsque le demandeur est de nationalité tunisienne ou réside habituellement en Tunisie.

La nécessité résulte soit d'une impossibilité matérielle, soit d'une impossibilité juridique.

Il y a impossibilité matérielle lorsque le demandeur se trouve dans une situation qui met matériellement obstacle, de manière dirimante, à la soumission de son action au tribunal étranger compétent.

Il y a impossibilité juridique lorsqu'aucun tribunal ne se reconnaît compétent pour connaître du litige ou encore, lorsqu'il y a impossibilité pour le demandeur d'obtenir, à l'étranger, une décision susceptible d'être reconnue ou exécuté en Tunisie ».

Article 8 : Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence pour connaître des actions :

1- relatives au contentieux de la nationalité tunisienne ;

2- relatives à un droit réel immobilier situé en Tunisie ;

3- relatives à une procédure collective ouverte en Tunisie, tels que le redressement des entreprises ou la faillite, en ce qui concerne les biens existant en Tunisie ;

4- ayant pour objet une mesure conservatoire ou d'exécution sur le territoire tunisien et portant sur des biens qui y sont situés.

5-relatives aux inscriptions sur les registres publics en Tunisie ».

Article 9 : Dans le cas où les tribunaux tunisiens sont compétents, et que le défendeur n'a pas de domicile connu en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal du lieu du domicile du demandeur.

Lorsque la compétence appartient aux tribunaux tunisiens **et** que ni le demandeur ni le défendeur ne sont résidents en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal de Tunis ».

Article 10 : L'exception d'incompétence des juridictions tunisiennes doit être soulevée avant tout débat quant au fond.

En cas d'absence du défendeur et si aucun des chefs de compétence ci-dessus énumérés n'est rempli, le tribunal se déclare d'office incompétent ».

Titre III : La réception des actes étrangers

Article 10 bis : Les actes étrangers, judiciaires et non judiciaires, réguliers, peuvent être reconnus en Tunisie, y être déclarés exécutoires, et être opposables aux tiers.

Article 11 : L'acte étranger n'est pas régulier si :

- il porte atteinte à un cas de compétence exclusive des tribunaux tunisiens,
- il porte atteinte à l'ordre public au sens du Droit international privé tunisien,
- il n'a pas préservé les droits de la défense,
- il contredit une décision tunisienne passée en force de chose jugée,
- il n'a pas d'effet ou n'est pas exécutoire, dans son État d'origine.

Article 12 : L'exequatur est exigé si l'acte étranger doit donner lieu à une coercition sur les personnes ou une exécution sur les biens.

La partie intéressée peut demander soit l'exequatur, soit la reconnaissance, soit la non-reconnaissance.

Article 13 : Les actes étrangers de naissance, décès, mariage, ainsi que les décisions ordonnant leur modification ou leur correction sont reconnus de plein droit et directement transcrits sur les registres tunisiens de l'état civil.

L'officier de l'état civil ne peut refuser la transcription que si l'acte étranger est manifestement contraire à l'ordre public au sens du droit international privé tunisien.

En cas de refus, l'intéressé peut saisir le tribunal pour demander la reconnaissance de l'acte.

Article 14 : Les actes étrangers relatifs au statut personnel, y compris le divorce, sont reconnus de plein droit et obligatoirement transcrits sur les registres tunisiens de l'état civil à l'expiration d'un délai de vingt jours à partir de leur notification.

L'acte étranger doit être notifié au ministère public. Pour les actes contentieux, il doit être également notifié à la partie contre laquelle il est invoqué.

La notification au ministère public se fait par voie de dépôt de l'acte accompagné, le cas échéant, de sa traduction arabe, au Tribunal de première instance de Tunis.

Si le ministère public, dans le délai visé à l'alinéa 1^{er} du présent article, s'oppose à la reconnaissance, l'intéressé peut saisir le tribunal.

La partie contre laquelle l'acte ou la décision est invoqué peut, dans le même délai, agir pour demander sa non-reconnaissance.

A défaut de contestation dans le délai visé à l'alinéa 1^{er} du présent article, le ministère public délivre à l'intéressé un certificat établissant que l'acte étranger n'a fait l'objet d'aucune contestation.

Le certificat de non-contestation sera présenté, avec l'acte étranger à l'officier de l'état civil. Celui-ci devra, sans délai, procéder à la transcription.

Article 15 : L'acte étranger régulier est opposable aux tiers.

Néanmoins, la partie intéressée peut en demander l'inopposabilité à son égard.

Article 16 : Les actions en reconnaissance, en non-reconnaissance, en exequatur et en inopposabilité sont introduites devant le Tribunal de première instance du lieu où se trouve le domicile de la partie contre laquelle l'acte étranger est invoqué.

À défaut d'un domicile du défendeur en Tunisie, l'action est introduite devant le tribunal de première instance du domicile du demandeur, à défaut de domicile en Tunisie des deux parties, l'action est portée devant le tribunal de première instance de Tunis.

Article 16 bis : Les actions visées à l'articles 14 susvisé sont portées et examinées selon la procédure de référé.

Article 17 : La requête d'exequatur, **de reconnaissance**, de non-reconnaissance ou de déclaration d'inopposabilité est présentée accompagnée d'une expédition authentique **de l'acte étranger** traduit en langue arabe le cas échéant.

Les jugements statuant sur une demande d'exequatur, de reconnaissance, de non-reconnaissance ou de déclaration d'inopposabilité sont régis par la loi tunisienne en ce qui concerne les voies de recours.

Article 18 : Les **actes étrangers** devenus exécutoires en Tunisie sont exécutés conformément à la loi tunisienne.

Titre IV : les immunités

Article 19 : Sous réserve de réciprocité, l'Etat étranger, **ainsi que les autres personnes morales de droit public** agissant au nom de sa souveraineté, ou pour son compte en sa qualité d'autorité publique, bénéficient de l'immunité de juridiction devant tous les tribunaux tunisiens.

Article 20 : Il n'y a pas lieu à immunité de juridiction lorsque **l'acte** en cause **est de nature commerciale ou civile**

Article 21 : L'Etat étranger et les personnes morales visés à l'article 19 du présent code ne jouissent pas de l'immunité de juridiction, s'ils acceptent de se **soumettre à la juridiction** des tribunaux tunisiens.

Article 22 : Les tribunaux tunisiens donneront effet à l'immunité de juridiction même à défaut de comparution de l'Etat étranger ou des personnes morales visées à l'article 19 du présent code.

Article 23 : L'Etat étranger ainsi que les personnes morales visées à l'article 19 du présent code jouissent de l'immunité d'exécution sur leurs biens situés en territoire tunisien et affectés à une activité liée à sa souveraineté ou à une fin de service public.

Article 24 : Les biens de l'Etat étranger et des personnes morales visés à l'article 19 du présent code ne sont pas couverts par l'immunité d'exécution lorsqu'ils sont affectés à une activité privée **de nature civile** ou commerciale.

Article 24 bis : **Les mesures conservatoires et d'exécution ne peuvent être pratiquées sur un bien appartenant à un Etat étranger ou à une personne morale** visés à l'article 19 du présent code **que sur autorisation du président du tribunal de première instance de Tunis rendue par ordonnance sur requête.**

Article 25 : L'Etat étranger ainsi que les personnes morales visés à l'article 19 du présent code peuvent renoncer à l'immunité d'exécution sur leurs biens couverts par cette immunité.

La renonciation doit être certaine, expresse et non équivoque.

Titre V : La loi applicable

Chapitre I^{er} : Dispositions générales : Les conflits de lois

Article 26 : Lorsque le rapport juridique est international, le juge fera application des règles prévues par le présent code, à défaut de règles, il dégagera la loi applicable par une détermination objective de la catégorie juridique de rattachement.

Article 27 : La qualification s'effectue selon les catégories du droit tunisien si elle a pour objectif d'identifier la règle de conflit permettant de déterminer le droit applicable. Aux fins de qualification, l'analyse des éléments d'une institution juridique inconnue du droit tunisien s'effectue conformément au droit étranger auquel elle appartient.

Lors de la qualification, il sera tenu compte des différentes catégories juridiques internationales et des spécificités du droit international privé.

La qualification dans le cadre des traités internationaux sera effectuée en fonction des catégories particulières des traités en question.

Article 28 : Le juge doit soulever d'office la règle de conflit. Il doit dans ce cas inviter les parties à présenter leurs observations.

Les parties peuvent cependant décliner l'application de la règle de conflit dès lors que les droits en cause sont disponibles.

Article 29 : La loi applicable est désignée en fonction de l'élément de rattachement existant au moment de la naissance de la situation juridique.

Les effets de la situation juridique sont régis par la loi sous l'empire de laquelle ils se produisent.

Article 30 : La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluder l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable. Lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement.

Article 31 : Sont applicables, les dispositions transitoires de la loi désignée par la règle de conflit.

Article 32 : Le juge rapporte d'office la preuve du contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, et ce, avec le concours des parties, le cas échéant.

Le contenu de la loi étrangère est établi par écrit y compris les certificats de coutume.

Si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi, il sera fait application de la loi tunisienne.

Le principe du contradictoire doit, dans tous les cas, être respecté.

Article 33 : Le droit étranger désigné par la règle de rattachement s'entend de l'ensemble des normes applicables dans ce droit conformément à ses sources formelles.

Article 34 : Le juge appliquera la loi étrangère, telle qu'interprétée dans l'ordre juridique dont elle relève.

L'interprétation de la loi étrangère est soumise au contrôle de la Cour de cassation.

Article 35 : Sauf dispositions contraires de la loi, le renvoi n'est pas admis, qu'il aboutisse à l'application de la loi tunisienne ou à celle d'un autre Etat.

Article 36 : L'exception de l'ordre public ne peut être soulevée par le juge que lorsque les dispositions du droit étranger désigné s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique tunisien.

Le juge invoque l'exception de l'ordre public, quelle que soit la nationalité des parties au litige.

L'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige.

La loi étrangère n'est écartée que dans ses dispositions contraires à l'ordre public au sens du droit international privé tunisien.

Le juge applique les dispositions de la loi tunisienne au lieu des dispositions de la loi étrangère écartées.

Article 37 : L'ordre public au sens du droit international privé peut intervenir sous une forme atténuée.

L'atténuation consiste à ce que des situations contraires à l'ordre public international tunisien mais régulièrement créées à l'étranger puissent produire des effets en Tunisie sauf si ces effets sont eux-mêmes incompatibles avec l'ordre public international tunisien.

Article 38 : Sont directement applicables quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation.

Le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin **légitime** poursuivie.

Le caractère de droit public de la loi étrangère n'empêche pas son application ou sa prise en considération.

Chapitre II : Droits des personnes

Article 39 : Le statut personnel est régi par le droit national de l'intéressé.

Si l'intéressé bénéficie de plusieurs nationalités, le juge retiendra la nationalité effective.

Si le plurinational est également de nationalité tunisienne le droit applicable est le droit tunisien.

Article 40 : La capacité d'exercice des personnes physiques est régie par la loi nationale.

Lorsque l'une des parties à une transaction pécuniaire est considérée capable au regard de la loi de l'Etat où a été conclue ladite transaction, elle ne peut opposer son incapacité ou sa capacité limitée, en application de sa loi nationale à moins que la partie cocontractante n'ait connu, ou dû connaître son incapacité ou sa capacité limitée lors de la conclusion du contrat.

Article 41 : La tutelle est régie par la loi nationale du mineur ou de l'interdit.

Toutefois, les mesures provisoires ou urgentes sont prises en vertu du droit tunisien si le mineur ou l'interdit se trouve sur le territoire tunisien au moment où ces mesures doivent être prises ou, si la mesure de protection se rapporte à un bien mobilier ou immobilier situé en Tunisie.

Article 42 : Le **prénom** et le nom sont assujettis à la loi nationale de l'intéressé.

Lorsque le changement de l'état civil de l'intéressé est de nature à modifier son **prénom ou son nom**, la loi applicable sera celle régissant les effets découlant de ce changement.

Article 43 : Les droits de la personne sont régis par la loi nationale dans les cas des personnes physiques.

Les personnes morales sont régies, quant aux droits liés à leur personnalité, par la loi de l'Etat où elles ont été constituées ou lorsqu'il s'agit de leurs activités, à la loi de l'Etat où elles exercent ces activités.

Article 44 : Les conditions et les effets de la disparition et de l'absence sont régis par la dernière loi nationale du disparu ou de l'absent.

Chapitre III : Droit de famille

Article 45 : Les conditions de fond du mariage sont régies, séparément, par la loi nationale de chacun des deux époux.

Article 46 : Les conditions de forme du mariage sont soumises **à la loi du lieu de célébration du mariage.**

Lorsque l'un des époux est ressortissant d'un pays qui autorise la polygamie, l'officier d'état civil ou les notaires ne peuvent conclure le mariage qu'au vu d'un certificat officiel attestant que ledit époux est libre de tout autre lien conjugal.

Article 47 : Les obligations respectives des époux sont régies par leur loi nationale commune.

Si les deux époux n'ont pas la même nationalité, la loi applicable est celle de leur dernier domicile commun ou, à défaut de celui-ci, la loi du for.

Article 48 : Le régime matrimonial est soumis à la loi nationale commune des époux de même nationalité au moment de la célébration du mariage. En cas de nationalités différentes, le régime matrimonial est régi par la loi de leur premier domicile commun s'il y en a, ou par la loi du lieu de la conclusion du contrat du mariage.

Article 49 : Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale commune des époux en vigueur au moment où l'instance est introduite. A défaut de nationalité commune, la loi applicable est la loi du dernier domicile commun des époux s'il y en a, sinon, la loi du for.

Les mesures provisoires en cours d'instance sont régies par le droit tunisien.

Article 50 : La garde est soumise, soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile.

Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant.

Article 51 : L'obligation alimentaire est régie par la loi nationale du créancier ou celle de son domicile, ou bien par la loi nationale du débiteur ou celle de son domicile.

Le juge appliquera la loi la plus favorable au créancier.

Toutefois, l'obligation alimentaire entre époux est régie par la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous.

Article 52 : Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation de l'enfant, entre :

- la loi nationale du défendeur ou celle de son domicile,
- la loi nationale de l'enfant ou celle de son domicile.

La contestation de la filiation est soumise à la loi en vertu de laquelle celle-ci est établie.

Article 53 : Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi de l'adoptant et à celle de l'adopté, chacun en ce qui le concerne.

Les effets de l'adoption sont soumis à la loi nationale de l'adoptant.

Si l'adoption est accordée à deux conjoints de nationalités différentes, ses effets sont régis par la loi de leur domicile commun.

La tutelle officieuse est soumise aux mêmes dispositions

Chapitre IV : Les successions et les libéralités

Article 54 : La dévolution successorale est régie par la loi nationale du de cujus au moment du décès.

Lorsque la loi applicable à la succession n'attribue pas des biens situés en Tunisie à un successible personne physique, ces biens seront attribués à l'Etat tunisien.

La gestion et la liquidation de la succession sont régies par la loi du dernier domicile du de cujus pour les meubles et la loi de la situation du bien pour les immeubles.

Article 55 : Le legs est soumis à la loi nationale du testateur au moment de son décès.

Le testament est valide en la formes'il est conforme à la loi nationale du testateur ou à celle du lieu où il est établi.

Article 56 : La donation est régie par la loi nationale du donateur au moment où elle est consentie.

La donation est valide en la forme si elle est conforme à la loi nationale du donateur ou à celle de l'Etat dans lequel l'acte de donation a été accompli.

Chapitre V : Les biens

Article 57 : Les biens sont qualifiés meubles ou immeubles selon la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent.

Article 58 : La possession, la propriété et les autres droits réels sont régis par la loi de la situation du bien.

Article 59 : **Les droits sur** les biens meubles inscrits ou immatriculés sont soumis à la loi de l'Etat du lieu où **ils sont inscrits ou immatriculés.**

Article 60 : Les droits réels portant sur des biens en transit sont régis par le droit de l'Etat où ils se trouvent.

Article 61 : La publicité des actes de constitution, de conservation, de transfert et d'extinction des droits réels est régie par la loi de l'Etat où sont accomplies les formalités de publicité.

Chapitre VI : Les obligations

Section 1 : Les obligations volontaires

Article 62 : Le contrat est régi par **les règles de droit, choisies** par les parties.

Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Les parties peuvent choisir le droit applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

À défaut de choix, le contrat est régi par le droit de l'État sur le territoire duquel la partie qui doit fournir la prestation **caractéristique** à son domicile.

La partie qui doit fournir la prestation caractéristique est :

- 1. dans le contrat de vente, le vendeur ;**
- 2. dans le contrat de prestation de services, le prestataire ;**
- 3. dans le contrat de franchise, le franchisé ;**
- 4. dans le contrat de distribution, le distributeur ;**
- 5. dans le contrat de transport, le transporteur ;**
- 6. dans le contrat d'assurances, l'assureur.**
- 7. Dans le contrat de bail non immobilier, le bailleur**

Le contrat de vente aux enchères est régi par le droit de l'État sur le territoire duquel la vente aux enchères a lieu, si le lieu de la vente peut être déterminé

Lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Et nonobstant ce qui précède, le contrat de consommation est régi par la loi la plus protectrice du consommateur entre celle de sa résidence habituelle, celle de l'établissement du professionnel et celle de l'exécution du contrat.

Article 63 : A défaut de désignation par les parties de la loi applicable, les contrats relatifs à l'exploitation des immeubles sont régis, quant à leur forme et leur objet, par la loi du lieu de la situation de l'immeuble.

Article 64 : Le droit applicable au contrat régit notamment :

- 1 - Son existence,
- 2 - Sa validité,
- 3 - Son interprétation,
- 4 - L'exécution des obligations qui en découlent,
- 5 - Les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations, y compris l'évaluation du dommage et les modes de réparation.
- 6 - Les divers modes d'extinction des obligations ainsi que leur prescription fondée sur l'expiration des délais.
- 7 - Les conséquences de la nullité du contrat.

Les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut d'exécution sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises.

Article 65 : Le transfert de l'obligation contractuelle est régi par le droit désigné par les parties ; ce choix n'est opposable au débiteur ou au créancier initial qu'avec son accord.

Si les parties ne désignent pas la loi applicable, le transfert de l'obligation contractuelle est régi par la loi applicable à l'obligation transférée.

Article 66 : L'extinction des dettes par voie de compensation est soumise **cumulativement aux lois régissant les créances compensées.**

Article 67 : Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel l'**employé** accomplit habituellement son travail. Si l'**employé** accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail a des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de celui-ci est applicable.

Article 67 bis : Le contrat de consommation est régi par la loi de la résidence habituelle du consommateur ou celle du domicile du professionnel ou celle du lieu d'exécution du contrat.

Le juge applique la loi la plus favorable au consommateur.

Nonobstant toutes les dispositions précédentes, les contrats de consommation sont régis par la loi qui assure le plus de protection au consommateur entre la loi de sa résidence habituelle, celle du domicile du professionnel et celle du lieu d'exécution du contrat.

Article 68 : Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions déterminées par la loi applicable au contrat ou par celle du lieu de sa conclusion.

La forme d'un contrat, conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents, est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats.

Article 69 : A défaut par les parties de désigner un droit différent, les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat du lieu de résidence habituelle de celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle.

Les contrats passés entre un employeur et un travailleur, et relatifs aux droits de propriété intellectuelle, que le travailleur a réalisée dans le cadre de l'accomplissement de son travail, sont régis par le droit applicable au contrat de travail.

Section II : Les obligations légales

Article 70 : La responsabilité extracontractuelle est soumise à la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'est produit le fait dommageable.

Toutefois, si le dommage s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable à la demande de la victime.

Lorsque l'auteur du fait dommageable et la victime ont leur **domicile** dans le même Etat, la loi de cet Etat est applicable.

Article 71 : Les parties peuvent, après survenance du fait dommageable, convenir de l'application de la loi du for.

Article 72 : La responsabilité du fait d'un produit est, au choix de la victime, régie par le droit de :

- 1 - L'Etat dans lequel le fabricant a son établissement, ou bien son domicile,
- 2 - L'Etat dans lequel le produit a été acquis, à moins que le fabricant ne prouve que le produit a été mis sur le marché sans son accord,
- 3 - L'Etat où s'est produit le fait dommageable,
- 4 - L'Etat où la victime a sa résidence habituelle.

Article 73 : La responsabilité résultant d'un accident de la circulation routière est soumise à la loi du lieu de l'accident.

La victime peut se prévaloir de la loi du lieu du dommage.

Toutefois, lorsque toutes les parties sont résidentes dans le pays qui est en même temps celui où sont immatriculés le ou les véhicules en rapport avec l'accident, la loi de ce pays est applicable.

Article 74 : La victime peut agir directement contre l'assureur du responsable si le droit applicable au fait dommageable, ou le droit applicable au contrat d'assurance, le permet.

Article 75 : Le droit applicable au fait dommageable détermine notamment la capacité relative à la responsabilité civile, les conditions et l'étendue de ladite responsabilité, ainsi que la personne responsable.

Les règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu où s'est produit le fait dommageable sont prises en considération.

Article 76 : La gestion d'affaire, l'enrichissement sans cause et le paiement de l'indu sont soumis à la loi de l'Etat où s'est produit le fait générateur.

Bibliographie

* En langue française

I-Ouvrages Généraux

- **AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.)**, *Droit international privé*, 6^{ème} édition, Paris, Economica, 2010.

- **BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)**, *Traité de droit international privé*, Tome I, 8^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.

- **BATIFFOL (H.)**, *Droit international privé*, 4^{ème} édition, Paris, 1967.

- **BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**, *Droit international privé/1, Partie générale*, puf, 4^{ème} édition, septembre 2017.

- **CHEDLY (L.) et GHAZOUANI (M.)**, *Commentaires du Code de Droit International Privé* (en arabe), Publications du Centre des Etudes et des Recherches Juridiques et Jurisprudentielles, Tunis 2008.

- **HACHEM (M. A.)**, *Leçons de Droit International Privé, livre I : les règles matérielles, condition des étrangers et conflits de juridictions*, Centre d'Études, de Recherches et de Publications, 1996.

- **HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.)**, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n° 513.

- **JAMBU-MERLIN (R.)**, *Le droit privé en Tunisie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

- **LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**, *Précis de Droit International Privé*, 6^{ème} édition.

- **LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMILLERES (P.)**, *Droit international privé*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2013.

- **LOUSSOUARN (Y.)**, *Travaux comité français de droit international privé*, 3^{ème} année, tome 2, 1980-1981.

- **MAYER (P.)**, *Droit International Privé*, Monchrestien, Delta, 5^{ème} édition.

- **MAYER (P.), HEUZE (V.) et REMY (B.)**,

- *Droit International Privé*, Paris, Monchrestien, 7^{ème} éd., 2001.

- *Droit international privé*, 8^{ème} édition, Paris 2004.

- *Droit international privé*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2019.

- **MEZGHANI (A.)**, *Commentaires du code de droit international privé*, C.P.U., 1999.

II-Ouvrages Spéciaux

- **ANCEL (V. M. E.), DEUMIER (P.) et LAAZOUZI (M.)**, *Droit des contrats internationaux*, 2^{ème} édition, Sirey 2020.

- **ANTONINI-COCHIN (Laetitia) et HENRY (Laurence-Caroline)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd., Paris, Gualino, 2020, 252 p.

- **BEN ACHOUR (S.)**, *Enfance disputée: les problèmes juridiques relatifs au droit de garde et de visite dans les relations franco-maghrébines*, CPU, 2004.

- **BERGQUIST (U.), FRIMSTON (R.), ODERSKY (F.), DAMASCELLI (D.), LAGARDE (P.) et REINHARTZ (R.)**, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015.

-
- **BONOMI (A.) et WAUTELET (P.),** *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012,* 2^{ème} édition, Bruylant, 2016.

 - **BOULANGER (F.),**
 - *Les successions internationales, problèmes contemporains,* Economica, 1981.

 - *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles,* Paris, Economica, 2004.

 - **BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.),***Droit Civil: Introduction- Biens- Personnes- Famille,* 22^{ème} édition, Sirey, 2021-2022.

 - **D'AVOUT (L.),** *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens,* édition Economica, Paris, 2006.

 - **De VAREILLES-SOMMILLERES,***La Synthèse du Droit International Privé,* Deuxième volume, Editions Cujas, 1972.

 - **DEVERS (A.),***Le concubinage en droit international privé,* Bibliothèque de droit privé Tome 416, LGDJ, Paris, 2004.

 - **DUBLER (C. E.),***Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international,* Vol. 35, Genève: Librairie de l'Université Georg, 1983.

 - **FRANCESKAKIS (P.),***La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé,* Paris, 1958.

 - **GORE (M.),** *L'administration des successions en droit international privé français,* Economica, 1994.

 - **GRIMALDI (M.),***Droit des successions,* LexisNexis, 7^{ème} édition, 2017.

-
- **HERON (J.)**, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986.
 - **JENKS (E.)**, *Digeste de droit civil anglais*, 2^{ème} édition, Tome II, Traduction par T. BAUMANN et P. GOULE, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1923.
 - **LEVILLAIN (N.), FORGEARD (M-C) et BOICHE (A.)**, *Liquidation des successions*, Dalloz, 2018-2019, 4^{ème} édition, Dalloz, 2018.
 - **MEZGHANI (A.)**, *Droit international privé, Etats nouveaux et relations privées internationales, Systèmes de droit applicable et droit judiciaire international*, Tunis, édition CERES, 1991.
 - **MEZGHANI (A.), MEZIOU-DORAI (K.)**, *L'égalité entre hommes et femmes en droit successoral*, Tunis, sud. Éd., 2006.
 - **NECKER (A.)**, *La mission de l'exécuteur testamentaire*, Librairie de l'université de Genève, 1972.
 - **NIBOYET (J-P)**, *Traité de droit international privé français*, Tome III: Conflits de lois, d'autorités et de juridictions, Paris: Sirey, 1944.
 - **PEROZ (H.) et FONGARO (E.)**, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, 2017.
 - **PETITJEAN (H.)**, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais, Étude de droit comparé et de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959.
 - **PIAZZON (V. T.)**, *La sécurité juridique*, Éditions Defrénois, Coll. Doctorat et Notariat, 2009, 638 p.

- **RAIMON (M.)**, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, LGDJ, 2002.

- **REVILLARD (M.)**, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, Defrénois, Lextenso, 9^{ème} édition, 2018.

- **SLAMA (R.)**, *Conflits de lois relatifs aux successions ab intestat en Tunisie*, Les éditions Domat-Monchrestien, Paris, 1935.

III-Cours

- **AUDIT (B.)**, « Le droit international privé en quête d'universalité, cours général », 2001, *RCADI*, Tome 305, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2004.

- **BARRATA (R.)**, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, 2011, Vol. 348.

- **BOGDAN (M.)**, "Private international law as component of the law of the forum, General course on Private international law", *RCADI*, Vol. 348, Leiden/Boston: MartinusNijhoff Publishers.

- **BONOMI (A.)**, « Successions internationales: conflits de lois et de juridictions », Vol. 350, *RCADI*, 2010.

- **CHARFI (M.)**, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI*, 1987.

- **DE MAGALHAES (B.)**, « La doctrine du domicile en droit international privé », *RCADI*, 1928-III.

- **FERID (M.)**, « Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé », *RCADI*, Leiden, Boston : Brill , cop. 2008.

- **LAGARDE (P.)** « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, T196.

- **LALIVE (P.)**, « Tendances et méthodes en droit international privé » (Cours général de droit international privé), *R.C.A.D.I.*, 1977, t. 155.

- **LEWALD (H.)**,

- « Questions de droit international des successions », Vol. 009, *RCADI*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 1925.

- « Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, Boston ; The Hague ; London : Martinus, Nijhoff Publishers, 1939.

- **MEIJERS (E. M.)**,« L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, 1934, pp. 543-686.

- **RIGAUX (F.)**,« Le conflit mobile en droit international privé », Vol. 117, *RCADI*, London, Boston, The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1966.

- **VON OVERBECK (A. E.)**, « Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière des successions », *RCADI*, Vol. 104, 1961, III.

IV-Thèses

- **BEN JEMIA (M.)**, *Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille*, Thèse pour le Doctorat d'État en Droit, présentée et soutenue publiquement le 21 novembre 1997, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.

- **BOUKHARI (R.)**, *Le statut personnel à l'épreuve de la codification de droit international privé (étude de conflits de lois)*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Tunis-El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2007-2008.

- **BOULANGER (F.)**, *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Thèse, Paris, 1964.

- **BOUYAHIA (S.)**, *La proximité en droit international privé de la famille français et tunisien: actualité et perspectives (étude des conflits de lois)*, Thèse de doctorat en droit soutenue le 15 décembre 2012, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université Panthéon-Assas.

- **LABBE (T.)**, *Le droit face aux technologies disruptives : le cas de la blockchain*, Thèse, Université de Strasbourg, soutenue le 14 décembre 2021.

- **MEZIOU (K.)**, *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français, Le cas du divorce des couples mixtes*, Thèse de doctorat d'État en droit privé, Tunis 1982.

- **MOJAK (K.)**, *L'avenir de la nationalité en droit international privé*, Thèse de doctorat de droit privé, présentée et soutenue publiquement le 7 octobre 2016, Université Paris Descartes.

- **NIZAR (M.)**, *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, Thèse, Paris, 1968.

- **RICHEZ-PONS (A.)**, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon III, présentée et soutenue publiquement le 9 juillet 2004, p.25.

- **SOULEAU-BERTRAND (M.)**, *Le conflit mobile*, Thèse de doctorat en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), présentée et soutenue publiquement le 1er décembre 2003.

- **TLILI HENI (R.)**, *Conflit de juridictions et statut personnel: étude de compétence internationale directe*, Thèse de Doctorat en Droit, présentée et soutenue publiquement le 12 avril 2017, Université de Carthage, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.

- **TRIKI (S.)**, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, Thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue publiquement le 14 mars 2013, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne.

V-Articles et chroniques

- **AUDIT (B.)**, « Le droit international privé français à la fin du XXème siècle : progrès ou recul ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain, pp.421-484.

- **BARBAROUX (N.)**, **BARON (R.)** et **FAVREAU (A.)**, « Blockchain et finance-Approche pluridisciplinaire », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, août 2020.

- **BEN ACHOUR (S.)**, « Chronique de jurisprudence de droit international privé années judiciaires 2018 et 2019 (1er semestre) », *Revue de la Cour de cassation*, n°1, Juin 2020.

-
- **BEN ATTAR (R.)**, « L'influence de la méthode de règlement en droit interne des conflits inter-personnels de lois dans la conception et la formation d'un système de droit international privé », *RTD*, 1966-1967.
 - **BEN JEMIA (M.)**,« L'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel », *RTD*, 2000.
 - **BERLAUD (C.)**, « Réserve héréditaire et testament établi selon la loi du domicile du défunt », *Gaz. Pal.*, 31 juill. 2018.
 - BOUKHARI (R.)**, « Les successions internationales en Droit international privé tunisien», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruylant Bruxelles, Extrait année 2010.
 - **BOULANGER (F.)**,*Les successions internationales, problèmes contemporains*, Economica, 1981.
 - **BUFFELAN-LANORE (Y.)**,« Domicile, demeure et logement familial »,Civ., *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Mise à jour de Décembre 2019, n°239.
 - **BURBAN (C.)**, « La réserve dans la tourmente », *Deffrénois*, 18 janv. 2018.
 - **CALLE (P.)**, « Règlement européen sur les successions internationales: notion de pacte successoral et précisions sur les dispositions transitoires », *Dalloz actualité*, 28 septembre 2021.
 - **CHARFI (M.)**,« Chronique de la jurisprudence tunisienne », *Journal de droit international privé*, Clunet, 1979.
 - **CRONE (R.)**, « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », *la semaine juridique- Notariale et Immobilière*, n°29, 20 juillet 2018.

-
- **DENEUVILLE (C.) et GODECHOT-PATRIS**, « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP*, n° 27, n°2018.

 - **DROZ (G. A. L.) et REVILLARD (M.)**, *JCP* 1987, Droit International Privé Français, Successions, Fasc. 557-A.

 - **DUMONT (G.)**, « La réserve héréditaire fait partie de "l'ordre public interne" », *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2018.

 - **FARGE (M.)**,
 - « Règlement successions: les nouveaux réflexes à acquérir », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2015.

 - « Le nouveau droit européen des successions internationales », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°31-35, 31 Juillet 2015.

 - **FONGARO (E.)**, « Détermination de la juridiction compétente en cas de résidence "alternée" du défunt », *RCDIP*, 2020/1, N°1.

 - **FRANÇOIS (L.)**, « L'unité successorale en droit international privé », in *Recueil Dalloz*, 2003.

 - **FULCHIRON (H.)**,
 - « "Le mariage pour tous" est d'ordre public en matière internationale », *Recueil Dalloz*, 2013.

 - « Le mariage homosexuel et le droit français : à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000 », *Recueil Dalloz*, 2001.

 - **GALLANT (E.)**, « Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire », note sous arrêt civ 1ère, 19 octobre 2016, n° 15-50.098, *RCDIP*, 2017/4, N°4.

-
- **GASTE (J.)**, « La réserve à mal par le droit international privé? », *Defrénois*, 19 avril 2018.
 - **GODECHOT-PATRIS (S.)**, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes.. », *Recueil Dalloz*, 2012.
 - **GODECHOT-PATRIS (S.) et GRARE-DIDIER (C.)**, « Droit patrimonial de la famille interne et international », *Recueil Dalloz*, 2019.
 - **GODECHOT-PATRIS (S.)**,
 - « Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes », *Recueil Dalloz* 2012.
 - « Les difficultés de réception des institutions familiales du Maghreb », *la semaine juridique- Notariale et Immobilière*, 20 juillet 2018.
 - « Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement! », *JDI*, Avril-Mai-Juin 2022, p. 433.
 - **GOLDSTEIN (G.)**, « L'exception de prévisibilité, vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois? », *RCDIP*, 2018/1, N°1, pp. 3-29.
 - **GORE (M.)**, « Requiem pour la réserve héréditaire », *Defrénois*, 12 oct. 2017.
 - **GOTHOT (P.) et LAGARDE (P.)**, « Conflits de lois: principes généraux internationaux », *Répertoire de droit international*, n° 150, octobre 2013.
 - **GOUTTENOIRE-CORNUT et SUDRE**, « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, 2000.

- **GUIGUET-SCHIELE (Q.)**, « Le déclin de la réserve héréditaire », *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017.

- **HACHEM (M. A.)**,

- « Nouvelles réflexions sur le renvoi », *RTD*, 1995.

- « Le code tunisien de droit international privé », *RCDIP*, Juin 1999.

- **JOSSELIN-GALL**, « Le notaire entre l'article 760 du code civil et la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, 2001.

- **KESSLER (G.)**, « Partenariat enregistré et union libre internationale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Juillet 2019, n°63.

- **KHAIRALLAH (G.)**,

- « La détermination de la loi applicable à la succession », *Droit européen des successions internationales*, Le Règlement du 04 juillet 2012, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- « La loi du 23 juin 2006 », *JCP*, n°1244, 2008.

- **KRAIEM DRIDI (M.)**, « La dimension religieuse dans la constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2021/3, n°127.

- **LAGARDE (P.)**,

- « Successions », *Répertoire de droit international*, II, Dalloz, 1969.

- « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *RCDIP*, 78 (2) avril-juin, 1989.

- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n°4, 2012/4.

-
- « Nationalité », *Répertoire de droit civil*, n°2, juin 2013.
 - "Succession", *Répertoire de droit international*, septembre 2015 (actualisation juin 2022), n°143.
 - « Règlement n°650/2012 sur les successions - Loi applicable », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, septembre 2014 (actualisation 2020), n°160.
 - **LARDEUX (G.)**, « Le mythe de l'unité successorale », *Recueil Dalloz*, 2009.
 - **LEQUETTE (Y.)**, « Renvo », *Répertoire de droit international*, Décembre 1998, actualisation de mars 2009, n° 57.
 - **LEWALD (H.)**, « Questions de droit international des successions », Vol. 009, *RCADI*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 1925.
 - **LISANTI (C.)**, « La professiojuris dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gazette du palais*, n°166, 15 juin 2013.
 - **LUCIANI (M.)**, « L'éclipse de la sécurité juridique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4, n°100, PUF.
 - **MALAURIE (P.)**, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005/3, n°114.
 - **MEZGHANI (A.)**,
 - « Réflexions sur les relations du C.S.P. avec le droit musulman classique », *RTD*, 1975.
 - « Quelle tolérance pour les répudiations? », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, n°58-1.
 - *Droit International Privé, États nouveaux et relations privées internationales*, *CERP*, n° 150, 1991.

- **MEZIOU (K.)**,JurisClasseur Notarial Répertoire, V° Législation comparée : Tunisie, Fasc. 4 : TUNISIE – Droit international privé, Date du fascicule : 1er Avril 2017, n° 27.

-**NOURISSAT (C.)**,

- « Une révolution copernicienne pour les successions internationales...- Entrée en application du Règlement (UE) n°650/2012 le 17 août 2015 », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n°36, 31 août 2015, doct. 935.

- « Dernière résidence habituelle du défunt : premier arrêt de la Cour de cassation », *Defrénois*, n°36, 5 septembre 2019.

- **NOURISSAT (C.) et REVILLARD (M.)**, « La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception de l'ordre public international », *La semaine juridique*, n°47, 20 novembre 2017.

- **PERDRIAU (A.)**,« La loi étrangère au regard du juge de cassation », *Petite affiches*, N°113, 6 juin 2002.

- **PERREAU-SAUSSINE (L.)**,«L'ordre public international: notion et conditions de mise en œuvre », *La semaine juridique - Notariale et immobilière*, n°29, 20 juillet 2018, LexisNexis SA.

- **PERREAU-SAUSSINE (L.)**, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », *la semaine juridique- Notariale et Immobilière*, n°29, 20 juillet 2018.

- **REVILLARD (M.)**,« Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois*, n° DEF40564, 30 août 2012.

- **ROSOUX (H.)**,« Testament- Formation », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Juin 2014 (actualisation 2018), n°54.

- **ROSSI (A.)**, « Cryptomonnaies et transmission à titre gratuit : état du droit positif en France et à Monaco », *Deffrénois*, n°2, 13 janvier 2022.

- **SAVOURE (B.)**, « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français », *La semaine juridique-Notariale et immobilière*, N°22, 1178, 29 mai 2015.

- **SAUVAGE (F.)**, « Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame après la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois*, 30 nov. 2003.

- **VERDIER (J. M.)**, « Décolonisation et développement en droit international privé: (Essai d'une systématisation à partir de l'expérience française) », *Journal de droit international privé*, Clunet, 1962.

- **WARRINGTON (M.)**, « L'Equity et le système juridique anglais. Vers un nouveau paradigme dialectique? », *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, 1997/1, Vol. 38, pp. 173-215.

VI- Colloques, Ouvrages collectifs et Mélanges

- **ALEXANDRE (D.)**, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exéquat », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1979, 1.

- **ARSEGUEL-MEUNIER (I.) et GALLIEZ (L.)**, « Dossier "Successions internationales": La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé (I) », in *AJ Famille*, 2015, p. 378 et suivants.

- **BEN ACHOUR (S.)**,

- « Les successions en droit international privé tunisien entre ambiguïté des textes et perplexité des juges », in *Mélanges Y. Ben Achour*, C.P.U, 2008.

- « La loi française du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous et les relations franco-maghrébines », in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de Ben Achour (S.) et Chedly (L.), éditions LATRACH, 2015.

- « L'accès à la justice en droit international privé tunisien de la famille », in *Droits fondamentaux et droit international privé*, sous la direction de S. Ben Achour et M. Ben Jemia, Maison du livre, Tunis 2016.

- « L'ordre public face à la répudiation islamique », in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, Edition AB consulting 2006.

- **BEN HALIMA (S.)**, « La filiation naturelle en droit tunisien », in *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, Centre de Publication Universitaire, 2001.

- **BEN JEMIA (M.)**,

- « Répudiation islamique et l'effet atténué de l'ordre public », in *Le code tunisien de droit international privé deux ans après*, CPU, 2003.

- « L'ordre public international tunisien peut-il s'atténuer en matière de polygamie ? », in *Polygamie et Répudiation dans les relations internationales*, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004, éditions AB Consulting, Tunisie, pp.27-41.

- « L'ordre public international tunisien peut-il s'atténuer en matière de polygamie? », in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004, Éditions AB consulting, Tunisie, juillet 2006.

- **BOSTANJI (S.)**,

- « Rapport introductif, variations sur la notion d'étranger », in *L'étranger dans tous ses états*, Actes du colloque multidisciplinaire organisé en février 2005, sous la direction de F. HORCHANI et S. BOSTANJI.

- « La notion de réciprocité dans les relations privées internationales (Réflexions à la lumière du nouveau code tunisien de droit international privé) », in *Le code tunisien de droit international privé, deux ans après*, CPU, 2003.

- **BOULANGER (F.)**, « Codifications nationales et Convention de La Haye du 1er août 1989 : l'improbable unification du droit international des successions », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2005.

- **CARBONNIER (J.)**, Préface, in *Les concubinages, Approche socio-juridique*, sous la direction de Rubellin-Devichi (J.), édition CNRS, 1986, tome 1.

- **CHEDLY (L.)**,

- « Le rejet inopiné du renvoi par le droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Doyen SADOK BELAID*, Tunis 2004.

- « Droit d'accès à la justice tunisienne dans les relations internationales de famille et for de nationalité », in *Mélanges en hommage à Dali Jazi*, CPU 2010.

- « Le principe de proximité et le code tunisien du droit international privé », in *Mouvements du droit contemporain*, Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima, CPU, 2005.

- « Les successions en droit international privé tunisien": la compétence internationale », in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et L. CHEDLY, Latrach Éditions, 2015, p. 201 et suiv.

-
- **D'AVOUT (L.)**, « La lexpersonalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.
 - **DROZ (G.)**,« La codification du droit international privé des successions: perspectives nouvelles », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1966-1969.
 - **FARGE (M.)**,« Détermination du droit applicable », in *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} édition, 2020-2021.
 - **FOYER (J.)**,« Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires », in *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G.KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.
 - **FULCHIRON (H.)**, « Le "mariage pour tous" dans l'ordre international: entre articulation et confrontation des normes", in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015, Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions.
 - **GAUDEMET-TALLON (H.)**,« Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions », *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G.KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.
 - **GODECHOT-PATRIS (S.)**,« L'administration des successions », *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G.KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions.

- **GORE (M.)**,« De la mode"... dans les successions internationales: contre les prétentions de la *professiojuris* », in *L'internationalisation du droit*, mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994.

- **GORE (M.), DE GOURCY (R.)**,« Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 : successions ouvertes après le 17 août 2015 », *Droit patrimonial de la Famille*, ouvrage collectif sous la direction de M. Grimaldi, Dalloz action, 7^{ème} édition, 2021-2022.

- **KHAIRALLAH (G.)**,« La détermination de la loi applicable à la succession », in *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 04 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G.KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- **LAABIDI (A.)**,

- « Vers l'émergence d'un nouveau fondement du for de nécessité: l'impossibilité juridique », in *Lectures d'œuvres prétorienne 1*, CPU, 2018.

- « Le caractère exceptionnel du for de nécessité en droit international privé tunisien », in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach éditions, 2020.

- **LAGARDE (P.)**,

- « Le droit applicable aux biens dans le code tunisien de droit international privé », in *Le code tunisien du droit international privé*, Actes du colloque organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires le 12 mars 1999 à Tunis, Publications du centre d'études juridiques et judiciaires, 2000.

- **LAGARDE (P.)**,

- « Le droit applicable aux biens dans le code tunisien de droit international privé », in *Le code tunisien du droit international privé*, Actes du colloque organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires le 12 mars 1999 à Tunis, Publications du centre d'études juridiques et judiciaires, 2000.

- « Présentation du règlement sur les successions », *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 04 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G.KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- **MADDOURI (K.)**, « L'immeuble en droit international privé: une parcelle du territoire ou une valeur pécuniaire? », in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application(1998-2018)*, sous la direction de: S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach Édition, 2020.

- **MATHIEU (B.)**, « France, Rapport à la table ronde sur Constitution et sécurité juridique », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999.

- **MEZGHANI (A.)**, « Religion, mariage et succession: l'hypothèse laïque. A propos d'une (R) évolution récente de la jurisprudence tunisienne », in *Droits et culture*, Mélanges en l'honneur du Doyen YADH BEN ACHOUR, CPU, 2008.

- **MEZIOU (K.)**,

- « Approche iconoclaste du droit des successions », in *Mouvements du droit contemporain*, Mélanges offerts au professeur SASSI BEN HALIMA, CPU, 2005.

- « Femmes et changement, le code du statut personnel et ses réaménagements, une stratégie du changement par des réformes juridiques », in *Femmes et changement*, CREDIF, 1999.

- **MORJANE (S.)**, « La reconnaissance immédiate des décisions étrangères en droit international privé », in *Le code de droit international privé*,

vingt ans d'application(1998-2018), sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach Edition, 2020.

- **MIDOUNI (M.)**, « Les maux de la loi, brefs propos au sujet de la production législative», in *Mélanges SadokBelaid*, C.P.U., Tunis, 1994.

- **NOURISSAT (C.)**, « Le champ d'application du Règlement », in *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- **REVILLARD (M.)**,« Portée de la loi applicable », in *Droit européen des successions internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, ouvrage collectif sous la direction de G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- **SAUVAGE (F.)**, « L'option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen du 4 juillet 2012 », in *Droit Européen des Successions Internationales, Le Règlement du 4 juillet 2012*, sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard, Defrénois, Lextenso éditions, 2013.

- **TRIKI (S.)**,

-« Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille », in *Droits fondamentaux et droit international privé*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, Maison du livre, 2016, p. 77 et suiv.

- « La compétence internationale des tribunaux tunisiens et le critère de la nationalité », in *Le code de droit international privé, vingt ans d'application (1998-2018)*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et S. TRIKI, Latrach édition, 2020.

- **VASSILAKAKIS (E.)**, « La professiojuris dans les successions internationales », in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005.

- **VERNIERES (C.)**, « Option successorale: acceptation à concurrence de l'actif net », in *Droit Patrimonial de la Famille*, Dalloz Action 2018-2019, ouvrage collectif sous la direction de M. Grimaldi, 6^{ème} édition, Dalloz, 2017, pp. 559-565.

- **YASSARI (N.)**, « La réception de la polygamie et de la répudiation par le juge allemand », in *Polygamie et Répudiation dans les relations internationales, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004*, éditions AB Consulting, Tunisie, pp.93-115.

VII-Divers

- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL, M. JEAN RICHARD DE LA TOUR, présentées le 1er juillet 2021, Affaire C 277/20, n°36.

- Communiqué du ministère de la justice datant du 03 aout 1956, publié sur le site officiel du ministère: <http://www.justice.gov.tn>.

- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 12ème édition, 2018, Quadriga, PUF.

- Document de réflexion, Réunion experts nationaux 30 juin 2008, note 34.

- **FRANÇOIS (M.)**, **GAUDIN (B.)**, **JAEGEL(C.)** et **ROLAND (E.)**, "Die Ehefüralle: quand l'Allemagne adopte le "mariage pour tous"", in *La Revue des droits de l'homme, Revue du centre de recherches et d'études sur les droits*

fondamentaux, Actualités Droits-Libertés 2018, mis en ligne le 02 janvier 2018, consulté le 30 avril 2019.

- Pétition des Magistrats malékite et hanéfite du Sharaa du 11/9/1956 publiée au journal l'istiqlal du 14 décembre 1956.
- Rapport de la Cour de cassation de 2013 p.97 et suiv.
- Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 1990.

* **En langue anglaise**

I- Ouvrages Généraux

- **BIRKS (P.)**, *English private law*, Vol. I, Oxford University Press, 2000.
- **BRIGGS (A.)**, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 4th edition, 2019.
- **COLLIER (J. G.)**, *Conflict of laws*, Cambridge University Press, Third edition, 2001.
- **CLARCKSON (C. M. V.) and HILL (J.)**, *The conflict of laws*, Oxford University Press, Fourth edition, 2011.
- **DICEY, MORRIS and COLLINS**, *The conflict of laws*, fifteenth edition, Volume 2, 2012, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters.
- **O'BRIEN (J.)**, *Conflict of laws*, second edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999.

II- OuvragesSpéciaux

- **BIRKS (P.)**, English private law, Vol. I, Oxford University Press, 2000.
- **BRESLAUER (W.)**, *The private international law of succession in England, America and Germany*, London: Sweet & Maxwell, Ltd., 1937.
- **CHRISTMANN (A.)**, *The Coran morality and critical reason, The essential MUHAMMAD SHAHRUR*, BRILL, Leiden, Boston, 2009.
- **GARB (L.) & WOOD (J.)**, *International succession*, Oxford University Press, Fourth edition, 2015.
- **Judge GOODRICH**, *Foreign facts and local fancies*, 25 VA. L. Rev. 26, 33-34, 1938.
- **LAGARDE, BERGQUIST, DAMASCELLI, FRIMSTON, ODERSKY et REINHARTZ**, *EU Regulation On Succession and Wills, Commentary*, Ottoschmidt, selp, 2015.
- **TYLER (E.L.G.), OUGHTON (R. D.)**, *Tyler's Family Provision*, 3èmedition, London, LexisNexis Buttersworth, 1997.

III-Articles, chroniques et Mélanges

- **BEN KHAMMASSI (A.)**, "Art.54 (1) of the tunisian code of private international law: the mysterious article 54 (1)", in *Yearbook of Private International Law*, Vol. VIII, 2006.

- **BRIGGS (A.)**, "The rejection of abuse in international civil procedure", in *R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER (eds), Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, pp. 261-277.

- **CARTER (P. B.)**, "The role of public policy in private international law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, No. 1, Cambridge University Press, January 1993.

- **CHNG (K.)**, "A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws", *Journal of private international law*, Vol. 14, N° 1, 2018, p. 134.

- **DE LA FERIA (R.)**, "Reverberation of legal principles: further thoughts on the development of an EU principle of prohibition of abuse of law", in *R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER (eds), Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011.

- **DE WINTER (L. I.)**, "Nationality or Domicile?, The present state of affairs", *RCADI*, Vol. 128, 1969, III.

- **ENONCHONG (N.)**, "Public policy in the conflict of laws: a Chinese wall around little England?", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, July 1996.

- **FENTIMAN (R.)**, "Domicile revisited", *Cambridge Law Journal*, 50 (3), November 1991, Printed in Great Britain.

- **HEINDLER (F.)**, "Public policy and Islamic intestate succession law. On case no. 2 OB 170/18S of the Austrian Supreme Court of Justice", *Year Book of Private International Law*, Vol. 20, 2018/2019.

- **HEINRICH NEUHAUS (P.)**, "Legal certainty versus equity in the conflict of laws", *Law and Contemporary Problems*, vol. 28, no. 4, 1963, pp. 795–807.

-
- **HUDSON (A.) & VIRGO (G.)**, "Equitable jurisdiction (VOLUME 47 (2021))", *Halsbury's Laws of England*.
 - **KAHN-FREUND(O.) et al.**, "Reflections on Public Policy in the English Conflict of Laws", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 39, 1953.
 - **LALIVE (P.)**, "Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général de droit international privé)", *RCADI*, 1977, t. 155.
 - **LI (H.)**, "Some recent developments in the conflict of laws of succession", *RCADI* 1990-V.
 - **LINARELLI (J.)**, "Legal certainty: a common law view and critique", in *M. FENWICK, MM SIEMS & S. WRBKA, The shifting meaning of legal certainty in comparative and transnational law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
 - **LONG (J. R.)**, "Equitable jurisdiction to protect personal rights", *Yale Law Journal*, Vol. XXXIII, December, 1923, n°2, pp. 115-132.
 - **MESSNER (E. J.)**, "The jurisdiction of a court of equity over persons to compel the doing of acts outside the territorial limits of the State" (1930), *Minnesota Law Review*, 1247, pp. 494-529.
 - **MCELEAVY (P.)**, "Regression and reform in the law of domicile", in *The International and Comparative Law Quarterly*, April 2007, Vol. 56, No. 2.
 - **MILLS (A.)**, "The dimensions of public policy in private international law", *Journal of private international law*, Vol. 4, N°2, August 2008.
 - **PAULSEN (M. G.) & SOVERN (M. I.)**, " "Public Policy" in the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, vol. 56, no. 7, 1956.
 - **REESE (W. L. M.)**, "General course of private international law", *RCADI.*, 1976, t. 150.

- VASSILAKAKIS (E.), "The choice of the law applicable to the succession under the regulation 650/2012- an outline", in *AnaliPravnogFakultetaUniverzitetu u Zenici, Issue 18*, Start page 221, End page 235, Page count 14.

***En langue arabe**

1-المراجع العامة

- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية، الدار الجامعية، 1986.
- محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، مجمع الأطرش، طبعة ثالثة، 2020، ص. 266 و ما بعد.
- نور الدين قارة، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، أبريل 2021، مجمع الأطرش.

2-المراجع الخاصة

- أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، 2009.
- الشيخ يوسف بن يوسف، المواريث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان، سوسة، 1996.
- الإمام مالك، الموطأ، المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، 1985.
- الإمام أبو داود سليمان، سنن أبي داود، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
- الدكتور جابر جاد عبد الرحمان، محاضرات في القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث: في تنازع القوانين جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960.
- حسين بن سليمة، أحكام المواريث في الشريعة و القانون، شركة أوربيس للطباعة بتونس، جويلية 1998 .

-حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، الموارد و التبرعات، الكتاب الأول: الموارد، مجمع الأطرش.

-فاطمة الزهراء بن محمود و حسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، تونس، جوان 2016، ص. 188.

-فرج القصير، أحكام الموارد في القانون التونسي، دار الميزان للنشر، طبعة ثانية، سبتمبر 2001.

-مبروك بن موسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المغاربية للطبع و النشر و الإشهار، نوفمبر 2003.

-محمد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس 2004.

-محمد شحور، نحو أصول جديدة للفقه الإسلامي، فقه المرأة، الأهالي للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2000.

3- أطروحات دكتوراه

-عبد المنعم بن محمد ساسي العبيدي، أحكام الموارد بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي التونسي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، 2011.

3- الدراسات و المقالات و التعليقات

- سامي البوسطايجي، "نحو إرساء معيار جديد للإختصاص الدولي للمحاكم التونسية: محكمة الضرورة (تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بتاريخ 13 جانفي 2004)"، منشور بكتاب الشغف بالقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، تونس 2006.

-علي الجلولي، "المقر في القانون التونسي"، م. ق. ت.، عدد 6، جوان 1983، مركز الدراسات القانونية و القضائية.

-محمد الشرفي، "الأحوال الشخصية بين التشريع و القضاء و بين الإصلاح الهائل في الماضي و الإصلاح المنشود في المستقبل، في مجموعة أعمال مهداة إلى العميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي، 2008، ص. 433.

- نور الدين قارة،

"- الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص"، منشور في أعمال ملتقى حول المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص من تنظيم مركز الدراسات القانونية و القضائية يوم 12 مارس 1999، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2000.

"-استبعاد القانون الأجنبي: الدفع بالنظام العام و التحايل على القانون"، دورة دراسية حول المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، تنظيم مركز الدراسات القانونية و القضائية يومي 4 و 5 ماي 2001، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية 2002.

Liste chronologique de la jurisprudence

Jurisprudence tunisienne

- _ TPI de Tunis, 17 février 1954, RTD, 1954, Somm. 201.
- _ TPI de Tunis, n° 72380 du 29 novembre 1982, RTD, 1984, p. 105, note H. KOTRANE.
- _ TPI de Monastir, n°8179 du 1/11/1994, RJL, décembre 2002, p.105.
- _ TPI de Tunis, n° 7602, du 18/5/1999, RTD, 2000, p. 247, note A. MEZGHANI.
- _ TPI Sousse, jugement pénal n° 9672 du 24 novembre 2001, note S. BEN ACHOUR, RTD, 2002, p. 195 et suiv. (avec la traduction en français du jugement).
- _ Cour d'appel de Tunis, du 20/12/1974, RTD 1977, II, p. 17, note M. L. HACHEM (en arabe).
- _ Cour d'appel de Tunis (KalthoumRosaria) n° 8488 du 14/7/1993, RJL, 1993, n°9, p. 120, note M. H. CHERIF.
- _ Cour d'appel de Tunis, n° 82861 du 14/6/2002, RJL, décembre 2002, p. 75.

- _ Cour d'appel de Tunis, n° 91565 du 13/12/2002.
- _ Cour d'appel de Tunis, n°120, du 6/1/2004, R.J.L, mars 2009, p. 187.
- _ Cour d'appel de Tunis, n°3351 du 4/5/2004, R.J.L, mars 2009, p. 197.
- _ Cour d'appel de Tunis, n° 12260, du 28 avril 2005.
- _ Cass. civ., du 03 mai 1990, R.J.L 1991, p.525, note N. GARA.
- _ Cass. civ., n° 28151, du 23 mars 1993, R.J.L 1993, p. 409, note N. GARA.
- _ Cour de cassation, n° 60562-97, du 26 janvier 1999, R.J.L. 1999, p. 227, note N. GARA.
- _ Cass. civ., n°3396 du 2/1/2001, R.J.L, n°1, 2002, p.203.
- _ Cass. civ., n° 4487 du 16/1/2007, Annales des sciences juridiques, 2007, p. 297.
- _ Cass. civ., n° 9658 du 8 juin 2006, R.J.L, mars 2009, p. 135.
- _ Cass. civ. n°14738 du 21 mai 2009, in Bulletin de la Cour de cassation 2009, partie I, p. 303; Note: S. BEN ACHOUR (en langue arabe).
- _ Cass. civ. n°32561 du 21 mai 2009, in Bulletin de la Cour de cassation 2009, partie I, p. 303; Note: S. BEN ACHOUR (en langue arabe).
- _ Cass. Civ. n°69462/2018 du 8 Mai 2019 publié sur le site officiel de la Cour de cassation tunisienne (en arabe): <http://www.cassation.tn/fr/فقه-القضاء/>; obs. S. Ben Achour, "Chronique de jurisprudence...".

Jurisprudence française

- _ T.G.I. Paris, 17 juin 1972, RCDIP, 1975, note I. FADLALLAH.
- _ Civ. 1re, 19 juill. 1976, in Revue critique de droit international privé, 1978, p. 338, note B.
- _ Civ. 1ère, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, Bull. n°506; commentée par: I. GALLMAISTER, Recueil Dalloz 2006.
- _ 1re Civ., 8 juillet 2010, pourvoi no 08-21.740, Bull. 2010, I, no 162.
- _ Civ., 1ère, 28 janvier 2015, FS-P+B+R+I, n° 13-50.059; note Devers (A.) et Frage (M.), Droit de la famille, Lexis Nexis; Ed Juris-Classeur, 2015, p. 63; note Revillard (M.), Defrénois, 30 avr. 2015, p. 450, note Gannagé (L.), La semaine juridique, édition générale, n°12, 2015, p. 525.

_ TGI Nanterre, ord., 28 mai 2019, n° 18/01502; Defrénois 2019, n° 36, p. 33, note C. NOURISSAT; Recueil Dalloz 2019, p. 2216 et suiv., note S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER.

_ Cour d'appel de Chambéry, 22 octobre 2013, n°13/02258, Dalloz 2013, p. 2464; note Fulchiron (H.), Dalloz 2013, p. 2576; note Gaudemet-Tallon (H.) et Jault-Seseke (F.), Dalloz 2014, p.1059; note Lemouland (J-J.) et Vigneau (D.), Dalloz 2014, p. 1342, note Hauser (J.), RTD civ. 2014, p. 89.

_ Cour Appel de Paris, 22 février 1978, RCDIP 1978, 507, note H. BATIFFOL ; Journ. not. 1978, 1110, note G. DROZ ; Gaz. Pal. 1978, 1, 325, concl. P. FRANCK.

___ Cass. civ. du 18 mars 1878, S. 1878. I. 193, note Labbé, Grands arrêts, 2006, no 6.

_Cass. req. 22 févr. 1882, DP 1882. I. 393, note LABBE, Grands arrêts, 2006, no 8, p. 61.

_Cass. Civ., 7 mars 1938, De Marchidella Costa, in Rev. Crit. DIP 1938, p.472, note Batiffol (H.) , in GAJFDIP, n°16.

_ Cass. Civ. 19 juin 1939 : J.C.P. 42, II, 1518.

_ Cass. 1ère civ., 25 mai 1948, Lautour: D. 1948, p. 357, note P. L-P., RCDIP 1949, p.89, note Batiffol (H.).

_ Cass. 1ère civ., 17 mars 1964, Bull. civ. I, n°505; JCP 1965, II, 13978, concl. LINDON, Rec. Penant 1965, p. 251, note LAMPUE.

_Cass. civ. n° 1387, du 17 juin 1977, Bull. 1977, Partie II, p. 43.

_ Cass. civ. 1re, 3 janvier 1980 (Beneddouché), RCDIP 1980, 331, note H. BATIFFOL; JDI 1980, p. 327, note M. SIMON-DEPITRE; D. 1980, 549, 1re espèce, note E. POISSON-DROCOURT.

_ Cass. civ. (Louise Charlotte) n°10160, du 13/2/1985, RJL, 1993, n°9, p. 102.

_ Cass. 1ère civ., 22 avril 1986, Djenangi: JDI 1986, p. 1025, note Sinay-Cytermann (A.).

_ Cass. civ. 1re, 6 juillet 1988 (Baaziz), RCDIP 1989, 71, note Y. LEQUETTE.

_ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 17 février 2004, 02-11.618, Publié au bulletin, RCDIP 2004. 423, 1re esp., note P. HAMMJE; JDI 2004, 1200, note L. GANNAGE; JCP 2004, II, 10128, note H. FULCHIRON.

_Cass. civ. n° 5251, du 12 octobre 2006, Bull. 2006, Partie des procédures civiles et commerciales, p. 45.

_Cass. Civ. n°2830 du 07/12/2006, Bull. C. cass. 2006, partie procédure civile et commerciale, p. 283 l'affaire de Zeinal Z, Cass. Civ. n°5128 du 9 mars 2006, Bull. C. cass. 2006, partie procédure civile et commerciale, p. 277; commenté par S. Ben Achour, "Les successions en droit international privé tunisien: entre ambiguïté des textes et perplexité des juges, A propos de l'affaire Kamel Z", in Mélanges en l'honneur du Doyen Y. BEN ACHOUR, CPU 2008.

_Cass. civ. du 18 mars 1878, S. 1878. I. 193, note Labbé, Grands arrêts, 2006, n°6.

_ Cass. civ. 19 févr. 1963, (Chemouni), GADIP, n° 30-31; RCDIP 1963. 559, note G. H.; Clunet 1963. 986, note A. PONSARD.

_Cass. civ. n°2000 du 15 mai 1979, Bull. 1979, Partie 1, p. 227.

_ Cass. civ., n° 14220 du 19 octobre 1985, Bull. 1985, Partie 2, p. 61.

_ Cass. civ., n° 28151 du 23 mars 1993, R.T.D., 1993, p. 409, note N. GARA.

_ Cass. civ. n°69523 du 4 janvier 1999, RJL, n°1, Janvier 2002, p. 167, note M. GHAZOUANI, RTD 2001, p. 201.

_ Cass. civ. n°7286 du 2 mars 2001, RJL, n°1, Janvier 2001, p. 183.

_ Cass. civ. 1ère, 14 mai 2014, n° 13-17124; LEFP juill. 2014, n° EDFP-514109-51407, p. 7, note A. GOSSELIN-GORAND.

_ Cass. 1ère civ., 27 septembre 2017, n°16-17.198 et 16-13.151: JCP G 2017, p. 2117, commentés par C. Nourissat et M.Revillard.

_ Cass. 1ère civ., du 4 juillet 2018, n° 17-16515 et 17-16522, publiés au Bulletin.

_Cass. civ. n° 63357/2018, du 7 novembre 2018, non publié (V. annexe n° 3); obs. S. BOSTANJI, in Revue de la Cour de cassation, n° 2, Latrach éditions, Mars 2022, p. 71 et suiv.

_Civ. 1ère, 29 mai 2019, n°18-13.383; notes et obs.: J. GILLAUME, Recueil Dalloz 2019, p. 1376.

_Civ. 1re, 18 novembre 2020, n° 19-15.438, publié au Bulletin, Dalloz 2020, p. 2289 ; Dalloz actualité, 04 sept. 2020, obs. F. MELIN ; Rev. Fam, fév. 2020, com. 32, M. FARGE; RCDIP 2021, p. 616, obs. C. CHALAS; DEF 4 mars 2021, n° DEF169j8, obs. C. NOURISSAT.

Jurisprudence autrichienne

_ Arrêt de la Cour Suprême de l'Autriche, N° 2 OB 170/18S, du 29/01/2019, Identifiant européen de la jurisprudence (ECLI): ECLI:AT:OGH0002:1989:RS0076186; commenté par F. HEINDLER.

Jurisprudence anglaise

_ *Currie v Bircham* (1822) 1 Dow & Ry KB 35.

_ *Huthwaite v Phaire* (1840) 1 Man & G 159.

_ *Preston v Melville* (1841) 8 CI & F.1.

_ *Whyte v Rose* [1842] 3 QB 493; *In the Goods of Goode* (1867) LR 1 P & D 449.

_ *Cook v Gregson* (1854) 2 Drew 286.

_ *Re the Goods of the Duchess d'Orleans* (1859) 1 Sw& Tr 253.

_ *Hamilton v Dallas* (1875) 1 Ch D 257.

_ *Blackwood v R* (1882) 8 App Cas 82.

_ *Ewing v Orr Ewing* (1883) 9 App Cas 34.

_ *Re Kloebe, Kannreuther v Geiselbrecht* (1884) 28 ChD 175.

_ *Ewing v Orr Ewing* (1885) 10 App Cas 453, HL.

_ *Jauncy v Sealey* (1886) 1 Vern 397.

_ *Re Trufort* (1887) 36 Ch. D 600, 611.

-
- _ New York Breweries Co v AG [1899] AC 62.
 - _ Re Meatyard's Goods [1903] P125.
 - _ Re Lorillard, Griffiths v Catforth [1922] 2 Ch 638, CA.
 - _ A. HUDSON & G. VIRGO, "Equitable jurisdiction (VOLUME 47 (2021))", Halsbury's Laws of England.[1922] 2 Ch 638.
 - _ *Re Lorillard* [1922].
 - _ Annesley, Re [1926] Ch. 692 (21 May 1926).
 - _ *Re Achilopoulos* [1928] Ch. 433, 445.
 - Chancery division, 8, 9, 1947, reported in Weekly Notes, August 9, 1947, p. 235, case review in The International Quarterly, Autumn, 1947, Vol. 1, No 3, pp 370 et 371.
 - _ Re Wilks, Keefer v Wilks [1935] Ch 645.
 - _ Re O'Keefe, [1940] Ch. 128.
 - _ Re Kehr, Martin v Foges [1952] Ch 26, [1951] 2 All ER 812.
 - _ De Geus en Uitdenbogerd c/ Bosch, CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. P. 97.
 - _ Cheni v Cheni [1965] P85.
 - _ Aldrich v AG [1968] p. 281.
 - _ Re Sehota (Deceased) [1978] 3 All ER 385 per Foster J.
 - _ GLENCORE INTERNATIONAL A.G. AND OTHERS v. METRO TRADING INTERNATIONAL INC. [2001] 1 Lloyd's Rep. 284.

-
- _ Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Co & Anor [2002] UKHL 19.
 - _ *Hindocha v Gheewala* [2003] UKPC 77.
 - _ *Dellar v Zivy* [2007] EWHC 2266 (Ch.).
 - _ Dornoch Ltd v Westminster International BV [2009] EWHC 1782 (Admlty) (17 July 2009).
 - _ Blue Sky One Ltd & Ors v Mahan Air & Anor (Rev 1) [2010] EWHC 631 (Comm).
 - _ Jacob v Motor Insurers Bureau [2010] EWCA Civ 1208 (27 October 2010).
 - _ Official Solicitor to the Senior Courts v Yemoh and others [2010] EWHC 3727 (Ch).
 - _ CHESHIRE, NORTH and FAWCETT, *Private international law*, Oxford, fifteenth edition, 21 september 2017.

Jurisprudence européenne

- _ CEDH 13 juin 1979, req. no 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, série A, no 31.
- _ CEDH 28 oct. 1987, req. no 8695/79, *Inze c/ Autriche*, série A, no 126.
- _ CEDH 29 nov. 1991, req. no 12849/87, *Vermeire c/ Belgique*, série A, no 214-C.
- _ CEDH 1er févr. 2000, req. no 34406/97; JDI 2001. 229, obs. TAVERNIER.
- _ CJUE 12 oct. 2017, *Kubicka*, aff. C- 218/ 16, D. 2017. 2101.
- _ *Affaire Oberlé*, CJUE 2ème Ch., 21 juin 2018, n° C-20/17.

_ Affaire *WB*, CJUE, 23 mai 2019, n° C-658/17.

_ CJUE, 9 septembre 2021, affaire C 277/20, n°26.

_ CJUE, 2 déc. 2021, no C-645/20, VA et ZA, concl. AG M. Campos Sánchez-Bordona : DEF flash 12 janv. 2022, n° DFF202s9; DEF 24 fév. 2022, n° DEF206f5, obs. C. NOURISSAT.

_ CJUE aff. C 645/20 du 7 avril 2022.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Ab intestat:4,6,8, 24,34, 35,41,47,64,67,98,134,135,138,157,191,236,240, 291,314,338,367,546,547,548,549,557,etc.

Absence :196.

Acceptation

- des actes : 14,464.

- de compétence :

Acte authentique:454,455,467.

Action réelle :78.

Action successorale :91,226,227.

Adaptation :

- adaptation des droits réels :117,121,122.

Administration :

- administration de la succession :139,209.

B

Bilatéral(e) : 23,277,281,388,418,507,555.

Bilatéralité :477,496,501.

C

Capacité :42,50,194,200,201,213,296,455.

Cause d'exhérédation :274.

Choix

loi :18,75,126,262,284,285,288,309,311,316,320,321,323,330,331,334,335.

de

Certificat :

- certificat successoral européen :14,19,21,450,469,470,472,473,47.
- certificat successoral international :469.
- certificat de célibat :378,429,536.

Circulation des décisions :416,417,420,437,457,462,469,475,488.

Clause d'exception :87,110,350,405,498,499,500.

Clause de sauvegarde :88,498.

Conflit

- conflit mobile:240,256,260,261,279,280,321,325,371,380,381,382,383.
- conflit positif :384,385.
- conflit négatif :85,385.

Concubinage : 539,540,541,542,543,544,545,547,548,550,554.

Coordination :29,30,31,32,33,77,84,120,145,168,176,259,339,340,341,342,
345,347,348,

350,351,352,357,359,360,369,370,371,384,398, etc.

Compétence :

- compétence possible :94,424,487.
- compétence exclusive :69,78,94,96,97,108,172,174,327,357,364,424,449,459,479,etc.

Couple homosexuel :426,544,426.

Créancier :15,39,88,120,144,148,149,209,219,220,229,314,348,361,369,439,487,
etc.

D

Déclinatoire de compétence :488.

Dernière résidence habituelle :44,53 et s.

Dévolution légale :153, 348,585.

Domicile:

- domicile élu :47,49.
- domicileréel : 49,52.
 - domicile of origine :49,51.
- domicile of choice : 49,51.
 - domicile of dependence :49.

Donation

- donation partage : 268,271.
- donation à cause de mort : 267.

Droits réels :121,122,187.

Discrimintation :204,336,410,424,544,586.

Disparition :196.

Disposition à cause de mort : 4,134,205,244,245,247,251,255,261,263 et s.

Dualité :168,169,170,174,493.

E

Effet atténué de l'ordre public :523,530,534,537,546,553,556,575.

Egalité successorale : 361.

Election de for :96,105,126,130,488.

Enfant adultérin :353, 591 et s.

Exécution :

- des décisions étrangères : 442,456.

Exequatur :425,427,458,430,434.

F

Family provision :

For de nécessité : 72, 73, 79, 80,84, 85, 86, 107.

Force exécutoire : 421 et suiv.

Fraude à la loi: 336, 557, 371 et suiv.

G

Grant of probate: 439

Grant of representation: 140, 145.

H

Héritier

- héritier réservataire : 204, 205, 580 et suiv.

- héritier universel/acébisé: 578

Homosexuel : 426, 518, 539 et suiv.

I

Immeubles :

- agricole :509, 510

Inégalité successorale : 512, 565.

J

Jugement d'homologation :363, 372.

L

Lois de police: 123, 408, 501et suiv.

Legs

- legs "par revendication" :122

- legs "par condamnation" : 122

Liens les plus étroits :58,88,89,244,256,278,282,283,etc.

Lieu de situation des biens : 10, 88, 171, 186, 297

Liquidation : 188, 209, 210, 220, 228.

Lex rei sitae : 324 et suiv.

M

Mariage

Mariage homosexuel/pour tous : 539, 552 et suiv.

Morcellement : 10,70,99, 114, 115, 122, 132.

N

Nationalité : 6, 7, 12, 13, 36, 40, 42 et suiv.

Notaire: 122, 326, 444, 450.

O

Officier public: 455, 459, 461 et suiv.

Optio juris : 336.

Ordre public: 85, 86, 123, 170, 203, 204,

Ouverture de la succession : 47, 161 et suiv.

P

Pacte successoral : 239, 243.

Partenariat enregistré : 550.

Polygamie: 410, 532 et suiv.

Proximité :314, 349.

Prorogation volontaire : 108.

Public notary : 455, 459.

R

Reconnaissance :

- des décisions étrangères : 429,449.

Recevabilité : 205,241,244,246,247,250,253,258,262,263 et s.

Reconnaissance immédiate : 429,431,458.

Régime matrimonial : 62,63,311,328.

Réserve héréditaire : 58,115,213,222,251,276,314,336 et s.

Résidence :

- Résidence habituelle : 17,43,47,50,52,53 et s.

Refus :

- refus de reconnaissance : 122,433,434.

Renvoi : 123,165,181,259,266,297,323,370,379 et s.

- Renvoi coordination : 384,387,388,389,390,410.

S

Scission successorale : 34.

Solicitor : 455,459.

Srivenernotary : 455,459.

Successions

- aux biens : 212.

- aux personnes : 212.

- internationales: 2,3,6,23,32,34,54,55,65,101,161,175,181,187,188 et s.

T

Testament

- testament mutuel : 289.

- testament conjonctif: 5,239,244,247,266,289,330,333,334.

Transaction judiciaire: 454,456,467.

U

Unité successorale: 309, 315, 326, 337, 359, 361 et s.

V

Validité: 117, 119, 153, 205, 240 et s.

Table des matières

Introduction	1
Partie première: Des systèmes comparés hétéroclites	21
Titre premier: La divergence des régimes juridiques des successions <i>ab intestat</i>	22
Chapitre premier: Diversité des rattachements successoraux en matière successorale.....	23
Section première: Les rattachements successoraux de principe.....	24
Paragraphe premier: Les rattachements personnels	24
I- Les rattachements personnels à caractère territorial	26
A- Le domicile.....	27
B- La dernière résidence habituelle.....	40
II- Le critère de la nationalité	50
Paragraphe deuxième: Le rattachement réel.....	55
Section deux: Les rattachements subsidiaires en matière successorale	59
Paragraphe premier: La compétence internationale subsidiaire en matière successorale	60
I- La compétence internationale subsidiaire dans le Règlement	60
A- Les conditions de la compétence internationale subsidiaire dans le Règlement	60
B- L'interprétation jurisprudentielle de la compétence internationale subsidiaire.....	62
1- Relevé d'office de la compétence subsidiaire	62
2- La localisation des biens successoraux.....	65
II- Le <i>for</i> de nécessité	66
Paragraphe deuxième: La clause d'exception: <i>les liens manifestement plus étroits</i>	73
Section trois: L'intervention de rattachements à vocation générale	79
Paragraphe premier: Le rattachement général <i>actor sequitur forum rei</i>	79
Paragraphe deuxième: Le critère de la volonté des parties	81
Chapitre Deuxième: Les divergences de mise en œuvre des règles de conflits des successions <i>ab intestat</i>	85
Section première: Des systèmes successoraux antagonistes	86
Paragraphe premier: Le principe de l'unité dans le Règlement européen	86
I- L'unité de la succession.....	86
A- Exposé du <i>mythe</i> de l'unité du Règlement	87
B- Les limites au <i>mythe</i> de l'unité dans le Règlement	89
II- L'unité du <i>for</i> et du <i>jus</i>	96
A- Consécration du principe de l'unité du <i>for</i> et du <i>jus</i>	96
B- Les limites à l'unité du <i>for</i> et du <i>jus</i> dans le Règlement	97
Paragraphe deuxième: le morcellement successoral en droit anglais	98
I- L'unicité du rattachement régissant l'administration des biens successoraux.....	99
A- La compétence internationale en matière d'administration successorale	100
B- La loi applicable à l'administration de la succession	104

II- Le morcellement lors de la distribution des biens en droit anglais	106
A- La juridiction compétente de connaître de la dévolution	106
B- La loi applicable à la distribution des biens.....	108
Paragraphe troisième: L'ambiguïté du droit tunisien	110
I- L'incertitude des rattachements en matière successorale.....	110
A- L'imprécision du rattachement successoral de la compétence internationale	110
1- Le critère de l'ouverture de la succession en Tunisie	110
2- Le critère de l'existence des biens successoraux en Tunisie	113
B- L'imprécision de la loi applicable en matière successorale	120
1- L'incertitude du rattachement de la loi applicable en matière successorale	121
2- L'incertitude de l'étendue de la loi applicable à la succession	128
Section deuxième: La divergence quant au domaine de la loi successorale	134
Paragraphe premier: Le domaine de la loi applicable aux successions <i>ab intestat</i> dans le Règlement.....	134
I- L'élargissement du domaine de la loi successorale dans le Règlement	135
II- Les questions régies par la loi successorale dans le cadre du Règlement	138
A- L'ouverture de la succession	138
B- La vocation successorale et les droits sur la succession.....	140
C- La capacité de succéder	141
D- L'indignité successorale et l'exhérédation	142
E- La transmission de la succession et l'option des héritiers	144
1- La transmission de la succession.....	144
2- L'option des héritiers et légataires.....	147
F- Les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs et des administrateurs	149
G- La responsabilité pour les dettes de la succession	150
H- La quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer	152
I- Le rapport et la réduction des libéralités	153
J- Le partage successoral.....	154
Paragraphe deuxième: le domaine de la loi successorale en droit tunisien.....	154
Paragraphe troisième: La restriction du domaine de la loi successorale en droit anglais	157
Conclusion du titre premier	159
Titre deuxième: La divergence des systèmes juridiques quant à la planification successorale	160
Chapitre premier: La diversité des régimes juridiques des dispositions à cause de mort	161
Section première: L'unité de la loi applicable aux dispositions à cause de mort dans le Règlement.....	162
Paragraphe premier: La loi applicable aux dispositions à cause de mort quant au fond	162
I- La loi applicable quant au fond aux dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux.....	162
A- Le champ d'application de l'article 24 du Règlement	163

1- Les dispositions à cause de mort objet de l'article 24 du Règlement.....	163
2- Le champ d'application matériel de l'article 24 du Règlement	166
a- La recevabilité et la validité quant au fond des testaments	166
b- La modification et la révocation des testaments	168
c- Les effets des testaments.....	169
B- Détermination de la loi applicable au fond des dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux.....	169
1- Application de la loi hypothétique	170
2- Arguments plaidant contre la loi hypothétique	173
3- Arguments plaidant en faveur de la loi hypothétique.....	175
II- La loi applicable quant au fond des pactes successoraux	178
A- Notion de pacte successoral	178
B- Le champ d'application matériel de l'article 25 du Règlement	182
1- La recevabilité et la validité au fond du pacte successoral	182
2- Les effets des pactes successoraux	184
C- Détermination de la loi applicable au fond des pactes successoraux	187
1- Détermination de la loi applicable au pacte concernant la succession d'une seule personne	188
2- Détermination de la loi applicable aux pactes concernant les successions de plusieurs personnes	190
3- Admission de la <i>professio juris</i> pour les pactes successoraux	193
Paragraphe 2: La loi applicable à la forme des dispositions à cause de mort.....	194
I- Le champ d'application de la loi applicable à la validité formelle des dispositions à cause de mort	195
II- Détermination de la loi applicable à la validité formelle	198
Section deuxième: Le morcellement de la succession testamentaire en droit anglais	199
Paragraphe premier: La validité formelle des testaments en droit anglais	199
Paragraphe deuxième: La validité quant au fond du testament en droit anglais	202
Section troisième: Le testament international en droit tunisien.....	204
Paragraphe premier: La loi applicable à la validité quant au fond des testaments en droit tunisien	204
Paragraphe deuxième: La loi applicable à la validité quant à la forme des testaments en droit tunisien	206
Chapitre deuxième: L'admission " <i>révolutionnaire</i> " de la <i>professio juris</i> :	208
Section première: Le fondement de la <i>professio juris</i>	210
Paragraphe premier: Les avantages de la <i>professio juris</i>	210
Paragraphe deuxième: Les inconvénients de la <i>professio juris</i>	213
Section deuxième: La <i>professio juris</i> dans le Règlement européen: étude de l'article 22 du Règlement.....	218
Paragraphe premier: Limitation du choix à la loi nationale.....	219

I- La loi nationale applicable.....	220
A- Justifications de la limitation du choix à la loi nationale.....	220
B- Détermination de la loi nationale applicable (conflit mobile).....	223
II- Le cas du plurinational.....	225
III- Loi d'un État membre ou d'un État tiers.....	226
Paragraphe deuxième: les lois exclues.....	227
I- Exclusion de la loi de la résidence habituelle.....	227
II- Exclusion de la <i>lex rei sitae</i>	229
III- Exclusion de la loi applicable au régime matrimonial.....	230
Paragraphe trois : La forme de la <i>professio juris</i>	231
I- L'instrument de la <i>professio juris</i>	231
II- L'expression de la <i>professio juris</i>	232
Paragraphe quatre: La validité quant au fond de la <i>professio juris</i>	235
Paragraphe cinq: L'étendue de la loi choisie.....	240
Conclusion du Titre Deuxième.....	243
Conclusion de la partie première.....	244
Partie deuxième: Le traitement des divergences en vue de la coordination.....	245
Titre premier: Les mécanismes favorisant la coordination en matière successorale.....	246
Chapitre premier: Les mécanismes conflictuels favorisant la coordination en matière successorale.....	247
Section première: La meilleure règle de conflit successorale.....	248
Paragraphe premier: Le meilleur rattachement successoral.....	249
I- La forme du meilleur rattachement successoral.....	249
II- Le contenu du meilleur rattachement successoral.....	255
Paragraphe deuxième: Le meilleur système successoral.....	260
I- Appréciation du principe de l'unité successorale.....	260
A- Les avantages du principe de l'unité successorale.....	260
B- Les inconvénients du principe de l'unité successorale.....	263
II- Évaluation du principe de morcellement successoral.....	264
A- Les avantages du morcellement successoral.....	264
B- Les inconvénients du principe de morcellement successoral.....	265
III- La solution au dilemme unité-scission: le meilleur système successoral.....	266
Section deux: Le rôle des correctifs de rattachement dans la coordination en matière successorale.....	268
Paragraphe 1: L'effet coordinateur des correctifs modificateurs du rattachement.....	268
I- La fraude à la loi.....	268
II- Le conflit mobile.....	273
Paragraphe deuxième: Le renvoi coordination.....	277

I- Exposé de la théorie du renvoi coordination	277
II- La mise en œuvre du renvoi en matière successorale dans les systèmes comparés	284
A- La consécration du renvoi en droit anglais	284
B- Le renvoi conditionné dans le Règlement européen	287
1- Le principe: admission sélective du renvoi.....	289
a- Le renvoi à la loi du for ou à la loi d'un État membre.....	289
b- Le renvoi à la loi d'un État tiers.....	290
2- Les exclusions du renvoi dans le Règlement	291
C- Le rejet " <i>inopiné</i> " du renvoi en droit tunisien.....	293
1- Le renvoi: un mécanisme controversé	293
2- Fin de la controverse: "la surprenante suppression du renvoi"	297
Chapitre deuxième: Les mécanismes procéduraux au service de la coordination en matière successorale.....	300
Section première: La coordination de la circulation des décisions internationales en matière successorale.....	301
Paragraphe premier: La circulation des décisions internationales en droit tunisien.....	302
I- L'exequatur des décisions étrangères en droit tunisien.....	303
II- La reconnaissance des décisions étrangères.....	313
III- La force probante de la décision étrangère	317
IV- L'anéantissement des effets des décisions étrangères dans l'ordre	319
A- L'action en refus de reconnaissance de la décision étrangère.....	319
B- L'action en inopposabilité de la décision étrangère	321
Paragraphe deux: La circulation des décisions internationales en droit anglais	322
Paragraphe trois: Les effets des décisions étrangères dans le Règlement européen sur les successions.....	326
I- Le régime européen de l'exécution des décisions étrangères.....	330
II- Le régime européen de la reconnaissance des décisions étrangères.....	332
Section deuxième: La circulation des actes étrangers dans les systèmes comparés.....	334
Paragraphe premier: Le régime juridique de la circulation des actes étrangers dans les systèmes comparés.....	334
I- La notion d' <i>acte</i> dans les systèmes comparés	335
II- Présentation comparée des régimes juridiques de la circulation des actes étrangers.....	344
A- Le régime juridique de la circulation des actes en droit tunisien.....	344
B- Le régime juridique de la circulation des actes juridiques en droit anglais.....	346
C- Le régime juridique de la circulation des actes dans le Règlement.....	348
Paragraphe deuxième: Le certificat successoral européen (CSE)	352
Conclusion du Titre premier.....	358
Titre deuxième: Les mécanismes perturbateurs de la coordination entre les systèmes successoraux.....	359

Chapitre premier: Les mécanismes entravant la résolution des conflits en matière successorale	360
Section première: Les mécanismes conflictuels altérant la bilatéralité des règles successorales	361
Paragraphe premier: Les éléments perturbateurs de la mise en œuvre des règles juridictionnelles	361
I- La compétence exclusive, élément perturbateur de la coordination.....	362
A- Exposé des fondements de la compétence exclusive en matière immobilière.....	363
B- Inadaptation de la compétence exclusive à la matière successorale	364
II- L'élargissement exorbitant de la compétence internationale aux dépens de la coordination	372
Paragraphe deux: L'élément concurrent à la bilatéralité: la proximité	377
Section deuxième: L'élément écartant la bilatéralité: les lois de police.....	381
Paragraphe premier: La notion de loi de police	382
Paragraphe deuxième: Les lois de police, risque d'entrave à la coordination en matière successorale.....	383
Chapitre deuxième: L'ordre public international, une entrave sérieuse à la coordination en matière successorale.....	388
Section première: Notion de l'ordre public international	389
Paragraphe premier: Consécration de l'exception de l'ordre public dans les systèmes comparés	389
Paragraphe deuxième: Les effets de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes comparés.....	396
I- L'effet plein de l'ordre public	396
II- L'effet atténué de l'ordre public	398
Section deuxième: La mise en œuvre de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes comparés.....	400
Paragraphe premier: L'ordre public et les effets successoraux du mariage polygamique	400
Paragraphe deux: Les cas de soulèvement de l'exception de l'ordre public international en droit international successoral tunisien	406
I- Le droit du concubin à succéder	406
A- Définition du concubinage.....	406
B- La vocation successorale du concubin et l'exception de l'ordre public.....	413
II- La vocation successorale du conjoint survivant d'un mariage entre homosexuels	417
A- Présentation des régimes juridiques du mariage homosexuel des systèmes comparés.....	417
B- La vocation successorale du conjoint homosexuel et l'exception de l'ordre public international	421
III- Les droits successoraux en cas de disparité de culte	427
Paragraphe deuxième: Les cas de soulèvement de l'exception de l'ordre public international dans les systèmes européens.....	432
I- L'ordre public dans les pays de l'Europe face à l'inégalité successorale	432

II- La méconnaissance de la réserve héréditaire (le droit français)	438
A- Définition de la réserve héréditaire dans les systèmes comparés	439
B- Ordre public international et réserve héréditaire	443
1- L'affirmation jurisprudentielle	443
2- Commentaires controversés de la jurisprudence	447
a- Désaccord doctrinal sur la fonction de la réserve héréditaire.....	447
b- Critique doctrinale du recours de la Cour de cassation à l'ordre public de proximité	449
C- L'effet de la qualification de la réserve héréditaire sur la réception des droits comparés ..	450
III- L'exception de l'ordre public et les droits successoraux des enfants nés hors mariage	453
Conclusion du titre deuxième	458
Conclusion de la partie deuxième	459
Conclusion générale.....	460
Annexes	464
Texte de l'avant-projet de réforme du Code de droit international privé.....	464
Commission Mezghani-Meziou (2019).....	464
Titre I : Dispositions générales	464
Titre II : La compétence des juridictions tunisiennes	464
Titre III : La réception des actes étrangers	466
Titre IV : les immunités.....	468
Titre V : La loi applicable	469
Chapitre I ^{er} : Dispositions générales : Les conflits de lois	469
Chapitre II : Droits des personnes.....	471
Chapitre III : Droit de famille.....	472
Chapitre IV : Les successions et les libéralités	473
Chapitre V : Les biens.....	474
Chapitre VI : Les obligations	474
Section 1 : Les obligations volontaires	474
Section II : Les obligations légales	476
Bibliographie.....	478
INDEX ALPHABETIQUE.....	514
Table des matières	464

